



## Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Tredje Afdeling)

4. juli 2017\*

»Offentlige tjenesteydelseskontrakter — udbudsprocedure — eksterne tjenesteydelser med henblik på udvikling af informationssystemet for Den Europæiske Unions Jernbaneagentur — indplaceringen af en tilbudsgivers bud — afvisning af en tilbudsgivers bud — begrundelsespligt — unormalt lavt bud«

I sag T-392/15,

**European Dynamics Luxembourg SA**, Luxembourg (Luxembourg),

**Εvropaϊki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE**, Athen (Grækenland),

**European Dynamics Belgium SA**, Bruxelles (Belgien),

først ved advokaterne I. Ampazis, M. Sfyri, C.-N. Dede og D. Papadopoulou, derefter ved advokaterne Sfyri, Dede og Papadopoulou,

sagsøgerne,

mod

**Den Europæiske Unions Jernbaneagentur** først ved J. Doppelbauer, derefter ved G. Stärkle og Z. Pyloridou, som befuldmægtigede, bistået af advokat V. Christianos,

sagsøgt,

angående en påstand i henhold til artikel 263 TEUF om annulation af Den Europæiske Unions Jernbaneagenturs afgørelse om indplaceringen af de af sagsøgerne afgivne bud for parti 1 og 2 i kontrakten »ERA/2015/01/OP ESPEISD 5« — »Levering af eksterne tjenesteydelser til [førstnævntes] informationssystem«

har

RETTEN (Tredje Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, S. Frimodt Nielsen, og dommerne V. Kreuzschitz (refererende dommer) og N. Póltorak,

justitssekretær: E. Coulon,

afsagt følgende

\* Processprog: græsk.

## Dom

### Tvistens baggrund

- 1 Den 28. maj 2013 blev udbudsbekendtgørelsen ERA/2013/16/RSU/OP »ESP EISD-4« (herefter »ESP EISD 4-kontrakten«) offentliggjort i Supplement til *Den Europæiske Unions Tidende* (EUT 2013/S 101-172115). Genstanden for denne kontrakt var en offentlig procedure om ekstern udførelse af tjenester vedrørende udvikling af informationssystemet for Det Europæiske Jernbaneagentur (ERA), nu Den Europæiske Unions Jernbaneagentur (herefter »agenturet«). Kontrakten bestod af tre partier og havde det bedste forhold mellem kvalitet og pris som tildelingskriterium. Agenturet skulle for alle kontraktens partier indgå en rammeaftale med de tre ansøgere, hvis bud blev indplaceret højest, og indgå kontrakter med hver enkelt af disse i rammekontraktens udførelsesperiode.
- 2 Den 16. september 2013 indgav sagsøgerne, European Dynamics Luxembourg SA, Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE og European Dynamics Belgium SA, et bud for alle ESP EISD 4-kontraktens tre partier.
- 3 Den 12. september 2014 meddelte agenturet sagsøgerne, at deres bud for alle ESP EISD 4-kontraktens tre partier var blevet indplaceret som nummer 1, og at de blev tilbudt en rammeaftale for hver af disse partier.
- 4 Den 14. oktober 2014 meddelte agenturet sagsøgerne dets afgørelse om at annullere ESP EISD 4-kontrakten med den begrundelse, at der ikke forelå nogen matematisk formel, som gør det muligt at foretage en økonomisk bedømmelse af buddene. Denne afgørelse blev offentliggjort i Supplement til *Den Europæiske Unions Tidende* den 29. oktober 2014.
- 5 Den 14. oktober 2014 bestred sagsøgerne begrundelsen for agenturets afgørelse om at annullere tildelingen af ESP EISD 4-kontrakten. Den 13. november 2014 imødegik agenturet denne anfægtelse, idet det præciserede, at den nævnte afgørelse blev truffet, fordi den pågældende kontrakts udbudsbetingelser ikke nærmere angav afvejningen udtrykt i procent af ekspertiseniveauet. Agenturet anførte ligeledes, at en ny udbudsbekendtgørelse ville blive offentliggjort, som ville afklare den formel, som skulle anvendes i forbindelse med den økonomiske bedømmelse af buddene.
- 6 Den 13. november 2014 bestred sagsøgerne på ny begrundelsen for annullationen af ESP EISD 4-kontrakten. Den 10. december 2014 imødegik agenturet denne anfægtelse, og den 15. december 2014 fremsendte det sagsøgerne en offentlig version af bedømmelsesrapporten vedrørende den nævnte kontrakt.
- 7 Den 28. januar 2015 blev udbudsbekendtgørelsen ERA/2015/01/OP »ESP EISD 5 – Ekstern udførelse af tjenester vedrørende udvikling af [agenturets] informationssystem« (herefter »ESP EISD 5-kontrakten«) offentliggjort i Supplement til *Den Europæiske Unions Tidende* (EUT 2015/S 019-029728). Genstanden for denne kontrakt var en offentlig procedure om ekstern udførelse af tjenester vedrørende udvikling af agenturets informationssystem. Kontrakten bestod af tre partier og havde det bedste forhold mellem kvalitet og pris som tildelingsmetode. Agenturet skulle for alle denne kontrakts partier indgå en rammeaftale med de tre ansøgere, hvis bud blev indplaceret højest. Fristen for afgivelse af bud inden for rammerne af udbudsproceduren blev fastsat til den 6. marts 2015, og sagsøgerne afgav deres bud som et konsortium inden for denne frist.
- 8 Den 8. maj 2015 meddelte agenturet sagsøgerne sin afgørelse om at indplacere deres bud vedrørende parti 1 for »ESP EISD 5-kontrakten« med overskriften »Assistance, støtte og udvikling af informationssystemet vedrørende ressourcer og langsigtede mål« (herefter »parti 1«) som den anden tilbudsgiver i rækkefølgen (herefter »den første anfægtede afgørelse«).

- 9 Den 11. maj 2015 anmodede sagsøgerne agenturet om yderligere oplysninger vedrørende tildelingen af parti 1 til de tilbudsgivere, hvis bud blev indplaceret som den første og den tredje tilbudsgiver i rækkefølgen.
- 10 Agenturet besvarede denne anmodning den 20. maj 2015. Agenturet gav i sit svar oplysninger om det bud, der blev indplaceret som den første tilbudsgiver i rækkefølgen, og om sagsøgernes bud. Agenturet anførte, at bedømmelsesudvalget havde indplaceret budet fra Nexteral-konsortiet som den første tilbudsgiver i rækkefølgen med 56 ud af 60 point på baggrund af den tekniske bedømmelse og med 38,78 ud af 40 point på baggrund af den økonomiske bedømmelse. Med hensyn til sagsøgernes bud blev det indplaceret som den anden tilbudsgiver i rækkefølgen med 57 ud af 60 point på baggrund af den tekniske bedømmelse og med 35,46 ud af 40 point på baggrund af den økonomiske bedømmelse.
- 11 Den 8. juli 2015 anmodede sagsøgerne om og modtog en kopi af bedømmelsesrapporten vedrørende parti 1.
- 12 Den 1. juli 2015 meddelte agenturet sagsøgerne dets afgørelse om at indplacere deres bud vedrørende parti 2 for »ESP EISD 5-kontrakten« med overskriften »ekstern udvikling af samt support og bistand i forbindelse med informationssystem« (herefter »parti 2«), som den syvende tilbudsgiver i rækkefølgen og dermed afvise det (herefter »den anden anfægtede afgørelse«).
- 13 Den 2. juli 2015 anmodede sagsøgerne om yderligere oplysninger vedrørende tildelingen af parti 2 til de tilbudsgivere, hvis bud blev antaget.
- 14 Den 7. juli 2015 besvarede agenturet denne anmodning med fremsendelsen af et uddrag af bedømmelsesudvalgets rapport, der bl.a. indeholdt oplysninger om de bud, som blev antaget for parti 2. Navnlig blev et bud fra Intrasoft indplaceret som den første tilbudsgiver i rækkefølgen med 51 ud af 60 point på baggrund af den tekniske bedømmelse og med 39,04 ud af 40 point på baggrund af den økonomiske bedømmelse. Atos Belgiums bud blev indplaceret som den anden tilbudsgiver i rækkefølgen med 48,5 ud af 60 point på baggrund af den tekniske bedømmelse og med 40 ud af 40 point på baggrund af den økonomiske bedømmelse. Nextera2-konsortiets bud blev indplaceret som den tredje tilbudsgiver i rækkefølgen med 48,5 ud af 60 point på baggrund af den tekniske bedømmelse og med 40 ud af 40 point på baggrund af den økonomiske bedømmelse. Med hensyn til sagsøgernes bud opnåede det 52 ud af 60 point på baggrund af den tekniske bedømmelse og 26,23 ud af 40 point på baggrund af den økonomiske bedømmelse.
- 15 Sagsøgerne fremsendte den 8. juli 2015 en skrivelse til agenturet, hvori de påstod, at agenturet havde begået adskillige uregelmæssigheder, der har påvirket de anfægtede afgørelser. De var især af den opfattelse, at de tilbudsgivere, hvis bud blev antaget for parti 1 og 2, ulovligt havde reduceret deres priser med henblik på at opnå en konkurrencefordel. Derudover anførte sagsøgerne, at de ikke forstod, hvorledes agenturet kunne acceptere sådanne kunstigt lave priser, og at de fandt det beklageligt, at agenturet besluttede at acceptere sådanne priser uden nogen undersøgelse eller forklaring.

### **Retsforhandlinger og parternes påstande**

- 16 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 17. juli 2015 har sagsøgerne anlagt denne sag med påstand om annullation af de anfægtede afgørelser.
- 17 Den 23. juli 2015 anførte sagsøgerne over for agenturet, at de ikke havde modtaget noget svar på deres skrivelse af 8. juli 2015, bemærkede, at de var af den opfattelse, at de antagne bud var unormalt lave, og anførte, at de havde anlagt sag til prøvelse af de anfægtede afgørelser.

- 18 Den 24. juli 2015 besvarede agenturet sagsøgernes skrivelse af 8. juli 2015, idet det bestred de af sagsøgerne fremførte klagepunkter.
- 19 Den 27. juli 2015 bestred sagsøgerne de af agenturet i skrivelsen af 24. juli 2015 fremførte argumenter.
- 20 Den 29. juli 2015 forkyndte Retten sagsøgernes stævning for agenturet.
- 21 Ved særskilt dokument indleveret til Rettens Justitskontor den 15. oktober 2015 fremsatte agenturet en formalitetsindsigelse i henhold til artikel 130 i Rettens procesreglement med henvisning til, at sagsøgernes søgsmål til prøvelse af den anden anfægtede afgørelse skulle afvises.
- 22 Samme dag indgav agenturet svarskrift til Rettens Justitskontor.
- 23 Ved særskilt dokument indleveret til Rettens Justitskontor den 26. november 2015 har agenturet fremført nye argumenter og anført et nyt bevis, som påberåbes.
- 24 Den 22. februar 2016 indgav sagsøgerne replik til Rettens Justitskontor, hvori de fremsatte deres bemærkninger til svarskriftet, formalitetsindsigelsen samt agenturets nye argumenter og beviser.
- 25 Den 21. april 2016 indgav agenturet duplik til Rettens Justitskontor.
- 26 Sagsøgerne har nedlagt følgende påstande:
- Formalitetsindsigelsen afvises.
  - De anfægtede afgørelser annulleres.
  - Agenturets nye anbringender og beviser i svarskriftet af 26. november 2015 afvises.
  - Agenturet tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 27 Agenturet har nedlagt følgende påstande:
- Søgsmålet afvises, for så vidt som det vedrører den anden anfægtede afgørelse.
  - Hvis søgsmålet skal anses for at kunne antages til realitetsbehandling i sin helhed, frifindes agenturet i det hele.
  - Bilag C 4 fjernes fra Rettens sagsakter, og der ses bort fra sagsøgernes argumenter på grundlag af dette bilag.
  - Sagsøgerne tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 28 Ved Rettens kendelse (Fjerde Afdeling) af 21. juli 2016 blev formalitetsindsigelsen henskudt til afgørelsen af sagens realitet, ligesom afgørelsen vedrørende sagens omkostninger blev udsat.
- 29 Som følge af en ændring af sammensætningen af Rettens afdelinger i henhold til artikel 27, stk. 5, i Rettens procesreglement er den refererende dommer blevet tilknyttet Tredje Afdeling, hvortil denne sag følgelig er blevet henvist.

- 30 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Tredje Afdeling) under henvisning til, at parterne ikke har fremsat en anmodning om afholdelse af et retsmøde, og i henhold til artikel 106, stk. 3, i Rettens procesreglement besluttet at træffe afgørelse, uden at retsforhandlingerne omfatter en mundtlig del. Retten har fundet, at den i denne sag råder over tilstrækkelige oplysninger til at træffe afgørelse uden yderligere forberedelse af sagen.

## **Retlige bemærkninger**

### ***Om formaliteten***

#### *Formaliteten vedrørende søgsmålet til prøvelse af den anden anfægtede afgørelse*

- 31 Agenturet er af den opfattelse, at dette søgsmål bør afvises, for så vidt som det vedrører den anden anfægtede afgørelse, med henvisning til, at sagsøgerne ikke længere har nogen retlig interesse i at påstå denne afgørelse annulleret, for så vidt denne er mangelfuldt begrundet. Agenturet har anført, at det i skrivelsen af 24. juli 2015 gav sagsøgerne uddybende forklaringer hvad angår begrundelsen for, at det havde fundet, at de antagne bud ikke forekom at være unormalt lave. Disse uddybende forklaringer blev afgivet den 17. juli 2015, datoen for sagsøgernes sagsanlæg, men inden den 11. september 2015, hvor søgsmålsfristen til prøvelse af den anden anfægtede afgørelse udløb. Ifølge agenturet havde sagsøgerne derfor kunnet anlægge sag mellem den 24. juli og den 11. september 2015 med kendskab til denne begrundelse, og de havde kunnet udøve deres ret til forsvar. Ved ikke at gøre brug af denne mulighed har sagsøgerne ifølge agenturet frataget sagsanlægget dets effektive virkning og fortabt deres søgsmålsinteresse.
- 32 Desuden har sagsøgerne efter agenturets opfattelse ikke bevist, at annullationen af den anden anfægtede afgørelse på tidspunktet for sagsanlægget med sin genstand eller sit resultat kunne have tilført dem en fordel. Agenturet har til støtte for dette argument dels anført, at sagsøgerne ikke var tvunget til at anlægge sag til prøvelse af den anden anfægtede afgørelse den 17. juli 2015, da søgsmålsfristen for denne afgørelse ikke udløb umiddelbart efter denne dato, dels at der ikke var tale om en »fuldstændig« mangel på begrundelse af denne afgørelse, som forhindrede dem i at udøve deres rettigheder.
- 33 Sagsøgerne har bestridt, at de ikke længere har nogen søgsmålsinteresse i forhold til den anden anfægtede afgørelse. Sagsøgerne er af den opfattelse, at spørgsmålet om, at de antagne bud var unormalt lave, på datoen for deres sagsanlæg ikke blev behandlet i begrundelserne for de anfægtede afgørelser, og at de var berettigede til at anlægge et søgsmål til prøvelse af disse afgørelser uden at vente til allersidste øjeblik inden søgsmålsfristens udløb. Sagsøgerne er under alle omstændigheder af den opfattelse, at agenturets skrivelse af 24. juli 2015 ikke giver nogen oplysninger om kontrollen af de antagne bud med henblik på at godtgøre, at de ikke var unormalt lave.
- 34 Retten bemærker, at søgsmålsinteressen er en afgørende og grundlæggende betingelse for al rettergang (dom af 17.9.2015, Mory m.fl. mod Kommissionen, C-33/14 P, EU:C:2015:609, præmis 58, og af 10.4.2013, GRP Security mod Revisionsretten, T-87/11, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:161, præmis 44). Denne interesse skal for så vidt angår sagens genstand foreligge på tidspunktet for sagens anlæggelse, idet sagen i modsat fald afvises (dom af 7.6.2007, Wunenburger mod Kommissionen, C-362/05 P, EU:C:2007:322, præmis 42).
- 35 Et annullationssøgsmål, der anlægges af en fysisk eller juridisk person, kan kun admitteres, såfremt sagsøgeren har en retlig interesse i, at den anfægtede retsakt annulleres. En sådan interesse foreligger kun, såfremt en annullation af den anfægtede retsakt i sig selv kan have retsvirkninger, og søgsmålet således med sit resultat kan tilføre parten en fordel (kendelse af 5.3.2009, Kommissionen mod Provincia di Imperia, C-183/08 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2009:136, præmis 19, dom af 17.9.2015, Mory

m.fl. mod Kommissionen, C-33/14 P, EU:C:2015:609, præmis 55, kendelse af 30.4.2007, EnBW Energie Baden-Württemberg mod Kommissionen, T-387/04, EU:T:2007:117, præmis 96, og dom af 22.5.2012, Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen, T-17/09, ikke trykt i Sml., EU:T:2012:243, præmis 117).

- 36 En sådan interesse skal bestå indtil retsafgørelsen, idet det i modsat fald findes uforholdsmæssigt at træffe afgørelse (jf. dom af 7.6.2007, Wunenburger mod Kommissionen, C-362/05 P, EU:C:2007:322, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis, og af 17.9.2015, Mory m.fl. mod Kommissionen, C-33/14 P, EU:C:2015:609, præmis 57 og den deri nævnte retspraksis). Dette krav garanterer nemlig processuelt, at Retten af hensyn til en ordentlig retspleje ikke skal tage stilling til anmodninger om udtalelser eller rent teoretiske spørgsmål (dom af 19.6.2009, Socratec mod Kommissionen, T-269/03, ikke trykt i Sml., EU:T:2009:211, præmis 36).
- 37 I nærværende sag var den anden anfægtede afgørelse bebyrdende for sagsøgerne på tidspunktet for sagsanlægget, eftersom agenturet i denne afgørelse afviste deres bud for parti 2 og tildelte dette til tre andre tilbudsgivere. En annullation af denne afgørelse vil medføre, at agenturet i princippet på ny ville skulle bedømme sagsøgernes bud, hvilket kan tilføre dem en fordel, da det bl.a. ikke kan udelukkes, at parti 2 efter en ny bedømmelse kan tildeles sagsøgerne. I øvrigt kunne en annullation af denne afgørelse føre til, at agenturet fremover foretager ændringer, der måtte forekomme passende i udbudsprocedurerne (jf. i denne retning dom af 23.5.2014, European Dynamics Luxembourg mod ECB, T-553/11, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:275, præmis 95 og den deri nævnte retspraksis). Sagsøgerne havde derfor søgsmålsinteresse i forhold til den anden anfægtede afgørelse på tidspunktet for sagsanlægget, som derfor kunne antages til realitetsbehandling.
- 38 Som det fremgår af den retspraksis, der er nævnt i præmis 36 ovenfor, skal søgsmålsinteressen bestå under hele sagen, og en fortabelse af denne ret under sagens behandling medfører ikke, at sagen må afvises, men at der ikke er anledning til at træffe afgørelse. I henhold til procesreglementets artikel 130, stk. 2, kan en part anmode Retten om at fastslå, at der ikke længere er anledning til at træffe afgørelse. Desuden giver den nævnte forordnings artikel 131, stk. 2, Retten mulighed for, hvis sagsøgeren ophører med at svare på Rettens henvendelser, af egen drift at fastslå, at der ikke længere er anledning til at træffe afgørelse.
- 39 For så vidt som den af agenturet rejste formalitetsindsigelse kan betragtes som en påstand om, at det fastslås, at der ikke er anledning til at træffe afgørelse, skal det fastslås, at det er med urette, når agenturet hævder, at sagsøgerne har fortabt deres søgsmålsinteresse med henvisning til, at de den 24. juli 2015 – dvs. efter den 17. juli 2015, datoen for sagsanlægget, der udelukkende vedrørte en mangelfuld begrundelse, men inden den 11. september 2015, datoen for udløbet af søgsmålsfristen – modtog en fuldstændig begrundelse fra agenturet med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt de antagne bud var unormalt lave, men at de ikke havde bestridt buddenes rigtighed inden søgsmålsfristens udløb.
- 40 Uafhængigt af spørgsmålet om, hvorvidt agenturet med føje kunne begrunde den anden anfægtede afgørelse efter sagsøgernes sagsanlæg til prøvelse af denne afgørelse, kræves det således endvidere, at den af agenturet givne begrundelse den 24. juli 2015 faktisk er i overensstemmelse med artikel 296, stk. 2, TEUF. Det tilkommer således Retten, som behandler et annullationssøgsmaal til prøvelse af en afgørelse fra agenturet, og ikke agenturet, at træffe afgørelse om, hvorvidt den i afgørelsen indeholdte begrundelse er tilstrækkelig.
- 41 For så vidt som agenturet gør sagsøgernes søgsmålsinteresse afhængig af spørgsmålet om, hvorvidt deres klagepunkter er velbegrundede, skal det endvidere bemærkes, at for at en part har søgsmålsinteresse, er det nødvendigt, men også tilstrækkeligt, at udfaldet af det annullationssøgsmaal, der er anlagt for Den Europæiske Unions retsinstanter, kan tilføre den part, der har anlagt det, en fordel (dom af 17.9.2015, Mory m.fl. mod Kommissionen, C-33/14 P, EU:C:2015:609, præmis 76). Sagsøgernes søgsmålsinteresse er derfor ikke afhængig af, hvorvidt deres klagepunkt er velbegrundet.

Hvis det i nærværende sag antages, at den anden afgørelse er behæftet med en mangelfuld begrundelse, kan denne mangel medføre, at afgørelsen annulleres, hvilket af de i præmis 37 ovenfor anførte grunde kan tilføre sagsøgerne en fordel.

- 42 Endelig er det med urette, at agenturet hævder, at sagsøgerne ikke har bestridt begrundelsen i agenturets skrivelse af 24. juli 2015. I replikken har sagsøgerne således udtrykkeligt bestridt, at den i den nævnte skrivelse indeholdte begrundelse er tilstrækkelig. Den omstændighed, at denne anfægtelse ikke fandt sted inden for søgsmålsfristen, er irrelevant for så vidt angår spørgsmålet om sagsøgernes søgsmålsinteresse, idet denne interesse hverken vurderes i forhold til udløbet af denne frist eller i forhold til spørgsmålet om, hvorvidt de fremførte klagepunkter er velbegrundede.
- 43 Af samtlige ovenstående grunde skal agenturets argumenter om en påstået manglende søgsmålsinteresse hos sagsøgerne forkastes.

*Formaliteten vedrørende agenturets yderligere processkrift af 26. november 2015*

- 44 Den 26. november 2015 indgav agenturet et processkrift, der redegjorde for, at det den 30. oktober 2015 vedtog afgørelsen om tildeling af ESP EISD 5-kontraktens parti 3. Denne nye faktiske omstændighed viser ifølge agenturet, at det er med urette, at sagsøgerne hævder, at de virksomheder, der deltager i udbudsproceduren for ESP EISD 4-kontrakten, nøjagtigt kendte deres pristilbud i den nævnte procedure. Dette processkrift bør efter agenturets opfattelse antages til realitetsbehandling, da det indeholder »nye anbringender« og nye beviser. Sagsøgerne bestrider ikke, at dette processkrift kan antages til realitetsbehandling, men anfægter derimod, at de argumenter, som er fremført heri, er velbegrundede.
- 45 I henhold til procesreglementets artikel 84, stk. 1, og artikel 85, stk. 2 og 3, kan nye anbringender for det første fremsættes under sagens behandling, forudsat at de støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retsforhandlingerne, for det andet kan beviser fremlægges for sent, forudsat at de kan begrundes. I nærværende sag blev afgørelsen om tildeling af ESP EISD 5-kontraktens parti 3 vedtaget den 30. oktober 2015. Afgørelsen udgør et forhold, som er kommet frem i løbet af retsforhandlingerne. Processkriftet af 26. november 2015 og fremsættelsen af de pågældende beviser bør derfor antages til realitetsbehandling (jf. analogt dom af 29.10.2015, Vanbreda Risk & Benefits mod Kommissionen, T-199/14, EU:T:2015:820, præmis 58-62).

*Formaliteten vedrørende bilag C 4*

- 46 Ifølge agenturet bør replikkens bilag C 4, som indeholder en kopi af bedømmelsesrapporten fra Det Europæiske Lægemiddelagentur (EMA) vedrørende den offentlige kontrakt, som var genstand for dom af 15. oktober 2013, European Dynamics Belgium m.fl. mod EMA (T-638/11, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:530), afvises i henhold til kendelsen af 15. oktober 2009, Hangzhou Duralamp Electronics mod Rådet (T-459/07, EU:T:2009:403), og punkt 25 i de praktiske gennemførelsesbestemmelser til Rettens procesreglement (EUT 2015, L 152, s. 1). Efter agenturets opfattelse er sagsøgerne i besiddelse af dette dokument, fordi de var parter i den sag, der lå til grund for den nævnte dom. Sagsøgerne har imidlertid ikke bevist, at de har anmodet om og fået EMA's tilladelse til at fremlægge dette procesdokument i nærværende sag. Agenturet har i medfør af procesreglementets artikel 130, stk. 1, anmodet om, at bilag C 4 fjernes fra sagsakterne i den foreliggende sag, og at der ses bort fra sagsøgernes argumenter i replikkens punkt 36 i relation til samme bilag.
- 47 Sagsøgerne har ikke taget stilling til formalitetsspørgsmålet vedrørende bilag C 4, selv om agenturet i duplikken har gjort gældende, at det bør afvises.

- 48 Der skal i den forbindelse henvises til, at ifølge punkt 25 i de praktiske gennemførelsesbestemmelser til procesreglementet kan der med henblik på at lade en anden sag nyde fremme ikke tages hensyn til et procesdokument og bilagene hertil, som er fremlagt i en sag og indgår i sagsakterne. Denne bestemmelse regulerer således behandlingen af en sag ved og af Retten under udøvelsen af sine organisatoriske sagsbehandlingsbeføjelser. Sagsøgerne har fremlagt bilag C 4 som et bevis og ikke som et dokument, der skal fremme deres sag som følge af en begæring herom fra Retten. Påberåbelsen af punkt 25 i de praktiske gennemførelsesbestemmelser til procesreglementet er derfor uden betydning for vurderingen af formaliteten vedrørende bilag C 4.
- 49 For så vidt som agenturet i øvrigt har henvist til kendelsen af 15. oktober 2009, Hangzhou Duralamp Electronics mod Rådet (T-459/07, EU:T:2009:403) til støtte for sit argument om, at bilag C 4 bør afvises, skal det bemærkes, at det gældende princip i EU-retten er princippet om den frie bevisbedømmelse (dom af 25.1.2007, Dalmine mod Kommissionen, C-407/04 P, EU:C:2007:53, præmis 63, og af 12.6.2015, Health Food Manufacturers' Association m.fl. mod Kommissionen, T-296/12, EU:T:2015:375, præmis 42).
- 50 Princippet om den frie bevisbedømmelse indebærer for Rettens vedkommende, at det eneste relevante kriterium for bedømmelsen af beviserne er disses troværdighed (dom af 25.1.2007, Dalmine mod Kommissionen, C-407/04 P, EU:C:2007:53, præmis 63, og af 19.12.2013, Siemens m.fl. mod Kommissionen, C-239/11 P, C-489/11 P og C-498/11 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:866, præmis 128).
- 51 Princippet om den frie bevisbedømmelse har princippet om bevisbedømmelsens frihed som konsekvens (jf. i denne retning dom af 14.12.2005, General Electric mod Kommissionen, T-210/01, EU:T:2005:456, præmis 297), som giver parterne mulighed for for Unionens retsinstanser at fremlægge ethvert lovligt tilvejebragt bevis, som de anser for relevant, til støtte for deres synspunkter. Bevisbedømmelsens frihed bidrager til at sikre parterne adgang til effektive retsmidler, der er fastsat i artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.
- 52 Princippet om den frie bevisbedømmelse og princippet om bevisbedømmelsens frihed skal imidlertid forliges med de grundlæggende EU-retlige principper, såsom retten til en retfærdig rettergang og til processuel ligestilling.
- 53 Princippet om bevisbedømmelsens frihed skal således forliges med de enkelte parters ret til at varetage deres interesser uden at være udsat for indflydelse udefra, navnlig fra offentlighedens side, og beskyttes mod uretmæssig brug af procesdokumenterne (jf. i denne retning dom af 17.6.1998, Svenska Journalistförbundet mod Rådet, T-174/95, EU:T:1998:127, præmis 135 og 136).
- 54 Det tilkommer således Retten at vurdere spørgsmålet om, hvorvidt en parts anvendelse af et procesdokument fra en anden sag er hensigtsmæssig.
- 55 Det følger af princippet om bevisbedømmelsens frihed, at en part for Retten i princippet er berettiget til som bevis at påberåbe sig dokumenter fremlagt i forbindelse med en anden retssag, hvori denne selv var part. Såfremt denne part har fået adgang til disse dokumenter på lovlig vis, og de ikke er fortrolige, er hensynet til en ordentlig retspleje i princippet ikke til hinder for, at de fremlægges for Retten. Domstolen har således fastslået, at en part i en sag ved Domstolen ikke kunne anmode om, at et procesdokument blev trukket tilbage, såfremt dette procesdokument allerede var blevet fremlagt af denne part i en anden sag mellem de samme parter (jf. i denne retning kendelse af 15.5.1991, Weddel mod Kommissionen, C-54/90, ikke trykt i Sml., præmis 1-5).
- 56 Endvidere kan et samtykke fra den part, som har fremlagt procesdokumentet, ikke udgøre en forudgående betingelse for, at et dokument fra en anden sag ved Retten kan antages til realitetsbehandling. Selv om et samtykke fra den part, som har fremlagt dokumentet, kan have betydning for bedømmelsen af spørgsmålet om, hvorvidt en brug heraf er hensigtsmæssig, vil et krav



om, at dette samtykke indhentes forud for fremlæggelsen heraf ved Retten, idet sagen i modsat fald afvises, give den part, som har fremlagt det, en beføjelse til at udelukke det ved at fratage Retten muligheden for at udtale sig om spørgsmålet om dets hensigtsmæssighed, og derved dens forpligtelse til at give begge parter rimelig mulighed for at fremlægge sin sag, herunder sine beviser, under betingelser, der ikke stiller ham i en situation, der er til hans ugunst i forhold til modparten (jf. i denne retning dom af 6.11.2012, Otis m.fl., C-199/11, EU:C:2012:684, præmis 71). Det tilkommer således Retten i hvert enkelt tilfælde at foretage en afvejning af på den ene side bevisbedømmelsens frihed, og på den anden side beskyttelsen mod uretmæssig brug af procesdokumenterne fra parter i retssager.

- 57 I nærværende sag indeholder det af sagsøgerne fremlagte bilag C 4 en kopi af den bedømmelsesrapport, som blev vedtaget af EMA i forbindelse med udbudsproceduren med referencenummeret EMA-2011-05-DV, og som er rensset for navnene på enkelte underkontrahenter og medlemmer af bedømmelsesudvalget.
- 58 Sagsøgerne fik adgang til rapporten fra det pågældende bedømmelsesudvalg, fordi de afgav et bud med henblik på at få tildelt den offentlige kontrakt med referencenummeret EMA-2011-05-DV. Efter EMA's afgørelse om at tildele denne kontrakt til en anden tilbudsgiver og afvise sagsøgernes bud anlagde sagsøgerne en sag ved Retten, der gav anledning til dom af 15. oktober 2013, European Dynamics Belgium m.fl. mod EMA (T-638/11, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:530).
- 59 Det fremgår af dom af 15. oktober 2013, European Dynamics Belgium m.fl. mod EMA (T-638/11, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:530), at rapporten fra det pågældende bedømmelsesudvalg udgjorde et procesdokument, som blev tilført sagsakterne i denne sag. Retten henviste dertil i bl.a. præmis 31, 34 og 37 i den nævnte dom.
- 60 I dom af 15. oktober 2013, European Dynamics Belgium m.fl. mod EMA (T-638/11, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:530), anførte Retten, at rapporten fra det pågældende bedømmelsesudvalg blev meddelt sagsøgerne af EMA, inden de anlagde sag til prøvelse af EMA's afgørelser om at tildele kontrakten til en anden tilbudsgiver og afvise deres bud. Som det fremgår af den nævnte doms præmis 11, fremsendte EMA ved skrivelse af 20. oktober 2011 således sagsøgerne en kopi af rapporten rensset for navnene på medlemmerne af bedømmelsesudvalget og på de tre tilbudsgivere, hvis bud var blevet antaget. Denne rapport udgør en del af begrundelsen for den af EMA truffne afgørelse om at tildele kontrakten til en anden tilbudsgiver end sagsøgerne. Sagsøgerne kunne på grundlag af den samme rapport vurdere, om der skulle anlægges sag til prøvelse af den af EMA truffne tildelingsafgørelse, hvilket de gjorde den 12. december 2011 ved at anlægge sag ved Retten.
- 61 Sagsøgerne er således i besiddelse af rapporten fra det pågældende bedømmelsesudvalg, fordi de afgav et bud i forbindelse med et udbud vedrørende en offentlig kontrakt iværksat af EMA, og at de som udelukket tilbudsgiver anmodede om begrundelsen for afvisningen af deres bud. Denne rapport blev således lovligt tilvejebragt af sagsøgerne.
- 62 Den omstændighed, at det pågældende bedømmelsesudvalgs rapport derefter udgjorde et procesdokument i den sag, der gav anledning til dom af 15. oktober 2013, European Dynamics Belgium m.fl. mod EMA (T-638/11, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:530), og at sagsøgerne ikke fik EMA's samtykke til at bruge det i nærværende sag, gør det ikke muligt at kvalificere brugen heraf som uhensigtsmæssig. Ud over den omstændighed, at sagsøgerne tilvejebragte denne rapport på lovlig vis, må det således fastslås, at oplysningerne og EMA's vurderinger i den nævnte rapport ikke kan betragtes som fortrolige i forhold til agenturet. Henset i øvrigt til indholdet af dette dokument og den frie bevisbedømmelse i forhold til sagsøgerne, kunne EMA ikke lovligt afvise, at det blev videregivet til agenturet i forbindelse med nærværende sag. Det følger heraf, at EMA's samtykke til brugen af dette dokument i denne sag ikke var påkrævet. At afvise fremlæggelsen af bilag C 4 ville således være i strid med hensynet til en ordentlig retspleje derved, at en sådan afvisning uden rimelig grund begrænser den frie bevisbedømmelse i forhold til sagsøgerne.

63 Af ovenstående grunde kan bilag C 4 antages til realitetsbehandling.

*Formaliteten med hensyn til sagsøgernes argumenter i deres svar vedrørende afholdelsen af et retsmøde*

- 64 Ved skrivelse af 7. juni 2016 angav sagsøgerne, at de ikke ønskede, at der blev afholdt et retsmøde, men at de erklærede sig rede til at deltage heri, såfremt Retten besluttede at afholde et retsmøde. Sagsøgerne begrundede deres valg om ikke at anmode om afholdelse af et retsmøde ved at henlede Rettens opmærksomhed på visse punkter i duplikken.
- 65 Ved skrivelse af 7. juni 2016 anførte agenturet, at det ville henholde sig til Rettens afgørelse vedrørende afholdelsen af et eventuelt retsmøde. I øvrigt fandt agenturet ved skrivelse af 28. juni 2016, at sagsøgerne havde fremsat nye anbringender i deres bemærkninger til afholdelsen af et retsmøde den 7. juni 2016. Principalt fremsatte agenturet begæring om, at den nævnte skrivelse tilbagesendes til sagsøgerne, idet det præciseres, at skrivelsen ikke kan accepteres, og at Retten ikke tager hensyn til de anbringender, der er indeholdt heri. Subsidiært fremsatte agenturet begæring om at måtte besvare disse anbringender skriftligt eller på retsmødet, såfremt Retten beslutter at afholde et sådant retsmøde.
- 66 Retten bemærker, at de af sagsøgerne fremførte argumenter i deres skrivelse af 7. juni 2016 udgør begrundelsen for, at de ikke anmodede om, at der afholdes et retsmøde. Disse grunde indeholder ikke nogen nye argumenter i forhold til dem, der allerede er blevet fremført af sagsøgerne i stævningen og replikken. Agenturet har ikke i tilstrækkelig grad angivet, på hvilket grundlag det hævdes, at sagsøgerne har fremsat selvstændige anbringender som svar på agenturets argumenter i duplikken.
- 67 Herefter kan hverken agenturets anmodning om at afvise sagsøgernes skrivelse af 7. juni 2016 eller om at give det mulighed for at besvare skrivelsen efterkommes. Eftersom de af sagsøgerne fremførte argumenter i skrivelsen af 7. juni 2016 endvidere alene udgør begrundelsen for, at de ikke anmodede om, at der afholdes et retsmøde, vil Retten ikke tage hensyn til disse grunde i forbindelse med sin bedømmelse af sagsøgernes eneste anbringende om agenturets tilsidesættelse af begrundelsespligten.

***Realiteten***

*Indledning*

- 68 Sagsøgerne har til støtte for søgsmålet fremsat et eneste anbringende om agenturets tilsidesættelse af begrundelsespligten. Sagsøgerne er nærmere bestemt af den opfattelse, at de anfægtede afgørelser, der blev suppleret ved bedømmelsesudvalgets referat, er behæftet med begrundelsesmangler med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt de antagne bud for de enkelte partier var »for lave«.
- 69 Sagsøgerne har til støtte for det eneste anbringende gjort gældende, at ESP EISD 4-kontrakten og ESP EISD 5-kontrakten havde det samme formål, og at tilbudsgiverne i forbindelse med udbudsproceduren vedrørende ESP EISD 5-kontrakten havde et præcist kendskab til de priser, som de havde tilbudt i forbindelse med udbudsproceduren vedrørende ESP EISD 4-kontrakten. Den modsatte anvendelse af den matematiske formel til en økonomisk bedømmelse af buddene, som fremgår af udbudsproceduren vedrørende ESP EISD 4-kontrakten, sammenholdt med en række rimelige antagelser, der gør sig gældende på markedet, ville give tilbudsgiverne mulighed for at forstå de af konkurrenterne anvendte priser. De tilbudsgivere, hvis bud blev antaget for parti 1 og 2 i ESP EISD 5-kontrakten, sænkede deres priser unormalt meget i forhold til de priser, som de havde foreslået i de tilsvarende profiler i udbudsproceduren vedrørende ESP EISD 4-kontrakten. Disse tilbudsgivere handlede således med henblik på at udligne den manglende kvalitet i deres tekniske bud og få deres bud for de pågældende partier placeret bedre. Sagsøgerne har i denne forbindelse henvist til nogle af buddene fra de pågældende tilbudsgivere. Derfor burde agenturet efter sagsøgernes opfattelse begrunde, hvorfor de antagne bud ikke var unormalt lave, og en sådan begrundelse indebærer, at agenturet gør rede for de

overvejelser, på grundlag af hvilke det for det første konkluderede, at sådanne bud ved deres fortrinsvis finansielle egenskaber bl.a. overholdt lovgivningen om aflønning af personale i det land, hvor tjenesteydelserne skal leveres, om bidrag til den sociale sikringsordning og om overholdelse af sundheds- og sikkerhedsstandarderne på arbejdspladsen, og det for det andet undersøgte, om de foreslåede priser medtog alle de udgifter, der følger af det antagne buds tekniske aspekter. Imidlertid henviser ingen af de af agenturet tilvejebragte dokumenter til spørgsmålet om, hvorvidt buddene er unormalt lave. Derfor har agenturet tilsidesat begrundelsespligten, og de anfægtede afgørelser bør annulleres.

- 70 Agenturet har bestridt, at det har tilsidesat begrundelsespligten. Det er af den opfattelse, at de oplysninger, som blev fremsendt til sagsøgerne, overholdt de i retspraksis fastsatte kriterier vedrørende begrundelsespligten. Sagsøgerne har hverken godtgjort, hvorfor en undersøgelse af de unormalt lave bud i nærværende sag udgjorde et obligatorisk element ved begrundelsen af de anfægtede afgørelser, eller hvorfor de antagne tilbudsgiveres økonomiske bud forekom at være unormalt lave.
- 71 Henset til disse argumenter skal der i første omgang henvises til rækkevidden af den begrundelsespligt, der påhviler agenturet som ordregivende myndighed, i anden omgang skal rækkevidden af reglerne for unormalt lave bud præciseres, og i tredje omgang skal det undersøges, om agenturet overholdt begrundelsespligten i det foreliggende tilfælde.

*Rækkevidden af agenturets begrundelsespligt som ordregivende myndighed*

- 72 Ifølge artikel 41, stk. 2, litra c), i chartret om grundlæggende rettigheder har forvaltningen pligt til at begrunde sine beslutninger. Denne begrundelsespligt indebærer efter fast retspraksis, at begrundelsen i henhold til artikel 296, stk. 2, TEUF klart og utvetydigt skal angive de betragtninger, som er lagt til grund af ophavsmanden til retsakten, dels således at de berørte personer kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, for at de kan forsvare deres rettigheder, dels således at Domstolen og Retten kan udøve deres prøvelsesret (dom af 25.2.2003, Strabag Benelux mod Rådet, T-183/00, EU:T:2003:36, præmis 55, af 24.4.2013, Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen, T-32/08, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:213, præmis 37, og af 28.6.2016, AF Steelcase mod EUIPO, T-652/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:370, præmis 43).
- 73 Begrundelsespligten defineres således i kraft af sit formål, nemlig at give interesserede parter mulighed for at gøre deres rettigheder gældende, og således at Domstolen og Retten kan udøve deres prøvelsesret. Den bidrager til at sikre en effektiv domstolsbeskyttelse (jf. dom af 20.9.2011, Evropaïki Dynamiki mod EIB, T-461/08, EU:T:2011:494, præmis 122 og den deri nævnte retspraksis).
- 74 Det følger heraf, at spørgsmålet om, hvorvidt begrundelsespligten er blevet overholdt, i princippet skal vurderes i forhold til de oplysninger, som sagsøgerne rådede over senest på tidspunktet for sagens anlæg (jf. i denne retning dom af 25.2.2003, Renco mod Rådet, T-4/01, EU:T:2003:37, præmis 96, af 19.4.2012, Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen, T-49/09, ikke trykt i Sml., EU:T:2012:186, præmis 36, af 21.2.2013, Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen, T-9/10, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:88, præmis 27 og 28, og af 23.5.2014, European Dynamics Luxembourg mod ECB, T-553/11, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:275, præmis 167 og den deri nævnte retspraksis). Det kan ikke tillades, at begrundelsen først gives efterfølgende under retssagen. Kun særlige omstændigheder kan begrunde, at Domstolen og Retten tager hensyn til bevisemønstre, der blev forelagt under behandlingen af sagen (jf. i denne retning dom af 20.5.2009, VIP Car Solutions mod Parlamentet, T-89/07, EU:T:2009:163, præmis 76 og den deri nævnte retspraksis).
- 75 Det skal endvidere bemærkes, at det nærmere indhold af begrundelseskravet skal fastlægges i lyset af den konkrete sags omstændigheder, navnlig indholdet af den pågældende retsakt, indholdet af de anførte grunde samt den interesse, som adressaterne samt andre, der må anses for umiddelbart og individuelt berørt af retsakten, kan have i begrundelsen. Det kræves ikke, at begrundelsen angiver alle

de forskellige relevante faktiske og retlige momenter, da spørgsmålet, om en afgørelses begrundelse opfylder kravene efter traktatens artikel 296, stk. 2, TEUF, ikke blot skal vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område (jf. dom af 23.5.2014, European Dynamics Luxembourg mod ECB, T-553/11, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:275, præmis 153 og den deri nævnte retspraksis).

- 76 EU-reglerne for offentlige indkøb, der bl.a. fremgår af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012 af 25. oktober 2012 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget (EUT 2012, L 298, s. 1), i den affattelse, der finder anvendelse på det foreliggende tilfælde (herefter »finansforordningen«), og Kommissionens delegerede forordning (EU) nr. 1268/2012 af 29. oktober 2012 om gennemførelsesbestemmelser til finansforordningen (EUT 2012, L 362, s. 1), i den affattelse, der finder anvendelse på det foreliggende tilfælde (herefter »gennemførelsesforordningen«), der gælder for agenturet (jf. artikel 22 og 40 i Europa-Parlamentet og Rådets forordning (EF) nr. 881/2004 af 29.4.2004 om oprettelse af et europæisk jernbaneagentur (EUT 2004, L 164, s. 1), sammenholdt med artikel 85 i Kommissionens delegerede forordning (EU) nr. 1271/2013 af 30.9.2013 om rammefinansforordningen for de organer, der er omhandlet i artikel 208 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012 (EUT 2013, L 328, s. 42), der finder anvendelse i det foreliggende tilfælde), præciserer tilbudsgiverens begrundelsespligt.
- 77 Således fastsætter finansforordningens artikel 113, stk. 2, at den ordregivende myndighed for det første skal oplyse alle bydende, hvis bud er blevet afvist, om årsagen hertil, og den skal for det andet oplyse alle bydende, der har fremsat et forskriftsmæssigt bud, og som skriftligt anmoder herom, om de kvaliteter og relative fordele, der kendetegner det valgte bud, samt opgive navnet på ordremodtageren. Det fremgår endvidere af gennemførelsesforordningens artikel 161, stk. 2, at senest 15 kalenderdage efter modtagelsen af en skriftlig anmodning herom meddeler den ordregivende myndighed disse oplysninger. Den sidstnævnte forordnings artikel 161, stk. 3, gentager navnlig, at tilbudsgivere, hvis bud eller ansøgning er blevet afvist, ved at indsende en skriftlig anmodning kan få supplerende oplysninger om årsagen hertil og om de kvaliteter og relative fordele, der kendetegner det valgte bud, samt navnet på ordremodtageren.
- 78 Finansforordningens artikel 113, stk. 2, og gennemførelsesforordningens artikel 161, stk. 2, fastsætter således en begrundelse i to faser for afviste tilbudsgivere. Den ordregivende myndighed skal for det første oplyse alle de bydende, hvis bud er blevet afvist, at deres bud er blevet afvist, og om årsagen hertil. Disse begrundelser kan være kortfattede, når henses til, at samme bestemmelse giver en afvist tilbudsgiver mulighed for at anmode om en mere præcis begrundelse. I medfør af de samme bestemmelser, hvis en afvist tilbudsgiver, der opfylder kriterierne for udelukkelse og udvælgelse, skriftligt anmoder herom, skal den ordregivende myndighed hurtigst muligt og i alle tilfælde senest 15 kalenderdage efter modtagelsen af denne anmodning dernæst oplyse om de kvaliteter og relative fordele, der kendetegner det valgte bud, samt opgive navnet på ordremodtageren.
- 79 Retten har fundet, at denne angivelse af en begrundelse i to faser ikke var i strid med formålet med begrundelsespligten, dels således at de berørte personer kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, for at de kan forsvare deres rettigheder, dels således at Domstolen og Retten kan udøve deres prøvelsesret (jf. i denne retning dom af 25.2.2003, Renco mod Rådet, T-4/01, EU:T:2003:37, præmis 93, af 15.10.2013, European Dynamics Belgium m.fl. mod EMA, T-638/11, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:530, præmis 24, og af 17.9.2015, Ricoh Belgium mod Rådet, T-691/13, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:641, præmis 38).
- 80 Endelig bemærkes, at begrundelsespligten i artikel 296 TEUF udgør et væsentligt formkrav, som bør adskilles fra spørgsmålet om begrundelsens rigtighed, der henhører under spørgsmålet om den anfægtede retsakts materielle lovlighed (dom af 23.5.2014, European Dynamics Luxembourg mod ECB, T-553/11, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:275, præmis 154, og af 28.6.2016, AF Steelcase mod EUIPO, T-652/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:370, præmis 47).

81 Eftersom forpligtelsen til at begrunde en retsakt afhænger af den faktiske og retlige sammenhæng, hvori den er vedtaget, skal der tages hensyn til følgende forhold i de retlige rammer for unormalt lave bud, der finder anvendelse i nærværende sag.

*Rækkevidden af reglerne for unormalt lave bud*

82 Følgende er fastsat i gennemførelsesforordningens artikel 151, stk. 1:

»1. Hvis bud vedrørende en bestemt aftale forekommer at være unormalt lave, skal den ordregivende myndighed, inden den, alene på dette grundlag, afviser sådanne bud, skriftligt anmode om de oplysninger om det pågældende buds sammensætning, som den anser for relevante, og ved en kontradiktorisk procedure kontrollere buddets sammensætning under hensyntagen til de fremsatte begrundelser. Disse oplysninger kan navnlig vedrøre overholdelsen af bestemmelser vedrørende beskyttelse på arbejdspladsen og arbejdsforhold i øvrigt, der gælder på det sted, hvor bygge- og anlægsarbejderne, tjenesteydelsen eller varerne skal leveres.

Den ordregivende myndighed kan navnlig tage hensyn til begrundelser vedrørende:

- a) besparelser i forbindelse med produktionsmetoden, den måde, tjenesteydelserne udføres på, eller byggemetoden
- b) de anvendte tekniske løsninger eller de usædvanligt gunstige betingelser, den bydende arbejder under
- c) buddets originalitet.

2. Hvis en ordregivende myndighed fastslår, at et unormalt lavt bud skyldes ydelse af statsstøtte, kan den ikke afvise det pågældende bud med denne ene begrundelse, medmindre tilbudsgiveren er ude af stand til inden for en rimelig frist, som fastsættes af den ordregivende myndighed, at dokumentere, at der er tale om en støtte, hvis udbetaling er endelig, og som er ydet efter de procedurer og beslutninger, der er fastsat i EU-lovgivningen om statsstøtte.«

83 Begrebet »unormalt lavt bud« er hverken defineret i finansforordningens eller gennemførelsesbestemmelsernes bestemmelser. Det er dog blevet fastslået, at et buds unormalt lave karakter skal vurderes i forhold til buddets sammensætning og i forhold til den pågældende ydelse (dom af 28.1.2016, Agriconsulting Europe mod Kommissionen, T-570/13, EU:T:2016:40, præmis 55).

84 Ifølge gennemførelsesbestemmelsernes artikel 158, stk. 4, udbeder bedømmelsesudvalget sig i tilfælde af unormalt lave bud nærmere oplysninger om buddets sammensætning.

85 Hvad angår denne sidstnævnte bestemmelse har Retten fastslået, at en ordregivende myndigheds forpligtelse til at efterprøve troværdigheden af et bud først opstår, når der er tvivl om dets pålidelighed, idet hovedformålet med denne bestemmelse er at give bydende mulighed for ikke at blive udelukket fra proceduren uden at have haft lejlighed til at forklare indholdet af deres bud, når dette forekommer unormalt lavt. Det er derfor først, når der foreligger en sådan tvivl, at bedømmelsesudvalget skal udbede sig nærmere oplysninger om buddets sammensætning, inden det eventuelt forkastes. I det tilfælde, hvor et bud ikke forekommer unormalt lavt som omhandlet i gennemførelsesforordningens artikel 158, stk. 4, finder nævnte artikel til gengæld ikke anvendelse (jf. i denne retning dom af 6.7.2005, TQ3 Travel Solutions Belgium mod Kommissionen, T-148/04, EU:T:2005:274, præmis 49 og 50, af 11.5.2010, PC-Ware Information Technologies mod Kommissionen, T-121/08, EU:T:2010:183, præmis 72, af 5.11.2014, Computer Resources International

(Luxembourg) mod Kommissionen, T-422/11, EU:T:2014:927, præmis 57, og af 15.9.2016, European Dynamics Luxembourg og Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen, T-698/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:476, præmis 59).

- 86 Der kan bl.a. foreligge en sådan tvivl, hvis det anses for usikkert for det første, om et bud overholder lovgivningen om aflønning af personale i det land, hvor tjenesteydelserne skal leveres, om bidrag til den sociale sikringsordning og overholdelse af sundheds- og sikkerhedsstandarderne på arbejdspladsen, og for det andet, om de foreslåede priser medtager alle de udgifter, der følger af det antagne buds tekniske aspekter (dom af 8.10.2015, Secolux mod Kommissionen, T-90/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:772, præmis 62).
- 87 Det fremgår af det ovenstående, at den ordregivende myndigheds vurdering af forekomsten af unormalt lave bud foretages i to faser.
- 88 I første omgang skal den ordregivende myndighed bedømme, om de indgivne bud »forekommer« at være unormalt lave (jf. gennemførelsesforordningens artikel 151, stk. 1). Brugen af verbet »forekommer« i gennemførelsesforordningen indebærer, at den ordregivende myndighed foretager en umiddelbar bedømmelse af et buds unormalt lave karakter. Gennemførelsesforordningen pålægger således ikke den ordregivende myndighed af egen drift at foretage en nærmere undersøgelse af sammensætningen af hvert enkelt bud med henblik på at godtgøre, at det ikke udgør et unormalt lavt bud. I første omgang skal den ordregivende myndighed således udelukkende afgøre, om de indgivne bud indeholder holdepunkter, der kan vække mistanke om, at de kan være unormalt lave. Dette er bl.a. tilfældet, når den pris, der foreslås i et bud, der indgives, er væsentligt lavere end andre indgivne buds priser eller den sædvanlige markedspris. Hvis de indgivne bud ikke indeholder et sådant holdepunkt og derfor ikke forekommer at være unormalt lave, kan den ordregivende myndighed gå videre med vurderingen af det omhandlede bud og proceduren for kontraktens tildeling.
- 89 Hvis der derimod foreligger holdepunkter, der kan vække mistanke om, at et bud kan være unormalt lavt, skal den ordregivende myndighed i anden omgang foretage en kontrol af det pågældende buds sammensætning med henblik på at sikre sig, at dette ikke er unormalt lavt. I denne forbindelse har den ordregivende myndighed pligt til at give tilbudsgiveren for dette bud mulighed for at påvise, hvorfor han ikke mener, at buddet er unormalt lavt. Den ordregivende myndighed skal dernæst vurdere de afgivne forklaringer og afgøre, om det pågældende bud er unormalt lavt, i hvilket tilfælde den er forpligtet til at afvise det.
- 90 Da begrundelsespligten bl.a. skal vurderes i forhold til de gældende retsregler (jf. præmis 75 ovenfor), har en undersøgelse i to faser indflydelse på omfanget af den ordregivende myndigheds begrundelsespligt.

*Vurderingen af agenturets overholdelse af begrundelsespligten i nærværende sag*

- 91 Retten har allerede haft lejlighed til at udtale sig om den begrundelsespligt, der påhviler den ordregivende myndighed, når den i forbindelse med vurderingen af buddene har været i tvivl om et indgivet buds unormalt lave karakter og, efter at have hørt den pågældende tilbudsgiver og foretaget en mere indgående analyse, har fundet, at dette bud ikke var unormalt lavt (dom af 15.10.2013, European Dynamics Belgium m.fl. mod EMA, T-638/11, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:530, præmis 64 og 65), eller at det var unormalt lavt (dom af 5.11.2014, Computer Resources International (Luxembourg) mod Kommissionen, T-422/11, EU:T:2014:927, præmis 39 og 40). Det er navnlig blevet fastslået, at den ordregivende myndighed med henblik på at give en tilstrækkelig begrundelse for, at det antagne bud ikke var unormalt lavt, skulle gøre rede for de overvejelser, på grundlag af hvilke den for det første konkluderede, at et sådant bud ved dets fortrinsvis finansielle egenskaber bl.a. overholdt lovgivningen om aflønning af personale i det land, hvor tjenesteydelserne skal leveres, om bidrag til den sociale sikringsordning og overholdelse af sundheds- og sikkerhedsstandarderne på

arbejdspladsen, og for det andet havde den undersøgt, om de foreslåede priser medtog alle de udgifter, der følger af det antagne buds tekniske aspekter (dom af 15.10.2013, European Dynamics Belgium m.fl. mod EMA, T-638/11, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:530, præmis 68).

- 92 Med hensyn til omfanget af den begrundelsespligt, der påhviler den ordregivende myndighed, når den finder, at det antagne bud ikke forekommer unormalt lavt, fremgår det af reglerne for unormalt lave bud, som er gengivet i præmis 82 ovenfor, og særligt den omstændighed, at den ordregivende myndighed i første omgang udelukkende skal foretage en umiddelbar bedømmelse af et buds unormalt lave karakter, at dens begrundelsespligt er af begrænset omfang. At pålægge den ordregivende myndighed at give en detaljeret redegørelse for, hvorfor et bud ikke forekommer den at være unormalt lavt, tager således ikke hensyn til den i gennemførelsesforordningens artikel 151 fastsatte sondring mellem de to faser i analysen.
- 93 Navnlig når en ordregivende myndighed antager et bud, er den ikke forpligtet til som svar på enhver anmodning om en begrundelse, der indgives i medfør af gennemførelsesforordningens artikel 113, stk. 2, udtrykkeligt at angive en begrundelse for, hvorfor det bud, som den antog, ikke forekom den at være unormalt lavt. Såfremt dette bud således antages af den ordregivende myndighed, følger det implicit, men nødvendigvis, at den fandt, at der ikke forelå holdepunkter for, at buddet var unormalt lavt. Til gengæld skal en sådan begrundelse meddeles den udelukkede tilbudsgiver, der udtrykkeligt anmoder herom.
- 94 I det foreliggende tilfælde skal det bemærkes, at sagsøgerne i deres anmodninger af 11. maj 2015 vedrørende tildelingen af parti 1 og af 2. juli 2015 vedrørende tildelingen af parti 2 i henhold til finansforordningens artikel 113, stk. 2, ikke udtrykkeligt anmodede den ordregivende myndighed om at angive en begrundelse for, hvorfor det bud, der blev indplaceret som den første tilbudsgiver i rækkefølgen for parti 1, og de bud, der blev antaget for parti 2, ikke forekom at være unormalt lave.
- 95 Hvad imidlertid angår den første anfægtede afgørelse fremgår det af den supplerende begrundelse af 20. maj 2015, at det antal point, der blev tildelt det bud, der blev indplaceret som den første tilbudsgiver i rækkefølgen for parti 1 (38,78 point), og sagsøgernes bud for det samme parti (35,46 point) i forbindelse med den økonomiske bedømmelse af buddene, blev meddelt dem af agenturet. Sagsøgerne blev ligeledes meddelt, at den pris, der blev foreslået i det bud, der blev indplaceret som den første tilbudsgiver i rækkefølgen, var på 867 000 EUR, mens den af sagsøgerne foreslåede pris i deres bud for den samme del, var på 948 100 EUR.
- 96 Hvad angår den anden anfægtede afgørelse fremgår det af den supplerende begrundelse af 7. juli 2015, at sagsøgerne med hensyn til den økonomiske bedømmelse af buddene fik kendskab til de point, der blev tildelt deres bud for parti 2, samt til de point, der blev tildelt de antagne bud, nemlig 39,04 point til det bud, der blev indplaceret som den første tilbudsgiver i rækkefølgen, 40 point til det bud, der blev indplaceret som den anden tilbudsgiver i rækkefølgen, og 32,53 point til det bud, der blev indplaceret som den tredje tilbudsgiver i rækkefølgen. Desuden præciserede udbudsbetingelserne, at point for dette parti inden for rammerne af den økonomiske bedømmelse af buddene blev beregnet under anvendelse af følgende formel: »den laveste pris divideret med den pris, der foreslås i tilbudsgiverens bud, x 40«. På grundlag af disse oplysninger kunne sagsøgerne beregne den pris, der blev foreslået i det bud, der blev indplaceret som den første tilbudsgiver i rækkefølgen, og dernæst de priser, som blev foreslået i de øvrige antagne bud.
- 97 Sagsøgerne vidste således før søgsmålets anlæg, at agenturet havde antaget, at de antagne bud ikke forekom at være unormalt lave, eftersom disse bud blev antaget. På grundlag af de i de supplerende begrundelser af 20. maj og 7. juli 2015 indeholdte oplysninger havde sagsøgerne endvidere kendskab til den sammenhæng, hvori de anfægtede afgørelser blev vedtaget, hvilket gav dem mulighed for at bestride berettigelsen heraf på dette punkt.

98 Denne sidste vurdering bekræftes af indholdet af sagsøgernes skrivelse af 8. juli 2015. De anførte således følgende deri:

»De tilbudsgivere, hvis bud blev antaget for parti 1 og 2, havde blot ulovligt reduceret deres priser med henblik på at opnå en konkurrencefordel. Vi ved endnu ikke, hvordan [agenturet] kunne acceptere sådanne kunstigt lave priser, og vi finder det beklageligt, at [agenturet] har besluttet at gøre dette uden nogen undersøgelse eller forklaring. Intrasoft Internationals priser for parti 1 for ESP EISD 4-kontrakten var 15,78% højere end vores priser. Derimod er Intrasoft Internationals priser for parti 2 for ESP EISD 5-kontrakten på nuværende tidspunkt 32,81% lavere end vores priser og priserne for parti 1 for ESP EISD 5-kontrakten 5,88% lavere end vores priser [...]. Desuden var Ingegneria Informatica SPA's priser for parti 1 for ESP EISD 4-kontrakten 23,73% højere end vores priser. Derimod er Nextera1-konsortiets priser for parti 1 for ESP EISD 5-kontrakten på nuværende tidspunkt 8,56% lavere end vores priser, og endvidere er priserne fra Nextera2-konsortiet, som ledes af Ingegneria Informatica SPA [...], for parti 2 for ESP EISD 5-kontrakten 19,37% lavere end vores priser.«

99 Dette bekræftes også af punkt 20-22 i stævningen. Sagsøgerne har i disse punkter anført følgende:

»Med hensyn til ESP EISD 5-kontrakten fremsatte sagsøgerne følgende bemærkninger, da de modtog de anfægtede afgørelser og de yderlige dokumenter:

- a) Sagsøgerne bemærkede med hensyn til parti 1, at [Nextera1]-konsortiet, som selskabet Engineering Ingegneria informatica SPA er medlem af, opnåede 38,78 point [i forbindelse med] bedømmelsen af dets økonomiske bud, mens [sagsøgernes bud havde] opnået 35,46 point [...]. [Nextera1]-konsortiets bud var derfor 8,56% billigere end sagsøgernes bud (mens buddet fra Encrypta-konsortiet, som Engineering Ingegneria Informatica SPA også er medlem af, for ESP EISD 4-kontraktens parti 1 var 23,73% dyrere). Buddet fra det konsortium, som dette selskab er medlem af, var derfor unormalt lavt inden for rammerne af ESP EISD 5-kontrakten.
- b) Sagsøgerne bemærkede med hensyn til parti 2, at selskabet Intrasoft International SA opnåede 39,04 point [i forbindelse med] bedømmelsen af dets økonomiske bud, mens sagsøgerne havde opnået 26,23 point [...]. Intrasoft International SA's økonomiske bud var derfor denne gang 32,81% lavere end sagsøgernes bud (mens det af det samme selskab indgivne bud for ESP EISD 4-kontraktens parti 2 var knap 3,45% lavere). Også i denne henseende var Intrasoft Internationals bud inden for rammerne af ESP EISD 5-kontrakten unormalt lavt.

[...] Vel vidende, at deres økonomiske bud allerede var lavt (men på et normalt niveau), har sagsøgerne kun kunnet forklaret denne væsentlige forskel ved de økonomiske buds pointtildeling, der opstod for første gang i ESP EISD 5-kontrakten, således, at de antagne konsortier har foreslået unormalt lave priser. Denne konklusion understøttes også af, at sagsøgernes økonomiske bud (som blev indplaceret højest [for] hver af de tre partier) inden for rammerne af ESP EISD 4-kontrakten, der vedrørte de samme tjenesteydelser og en lignende beskrivelse af de forskellige partier, enten var billigere end alle de andre (parti 1) eller lidt dyrere (parti 2 og 3). Størrelsen af disse bud kan følgelig udgøre et sikkert og entydigt kriterium for de priser, der observeres på markedet, og det normale prisniveau, som burde tilbydes inden for rammerne af ESP EISD 5[-kontrakten]. Inden for rammerne af den omtvistede kontrakt tilbød fire konsortier (Nextera1, On Track, Intrasoft/Charles Oakes, Atos Integration) derimod lavere priser for parti 1 (Atos Integration tilbød endog de laveste priser med 11,35% [...], mens [de antagne bud] for parti 2 var endnu mere unormalt lave end sagsøgernes bud (Atos Belgium SA med 34,42%, Intrasoft International SA med 32,81% og Nextera2 med 19,36% [...]).

De ovenstående forhold viser, at de økonomiske bud fra de konsortier, som blev antaget i de to partier af den omtvistede kontrakt, havde karakteristikaene for et [...] unormalt lavt bud i forhold til de eksisterende markedspriser.«



100 Disse forhold godtgør, at sagsøgerne på grundlag af de oplysninger, som de var i besiddelse af på tidspunktet for sagens anlæg, kunne bestride rigtigheden af agenturets vurdering, hvorefter de antagne bud ikke indeholdt nogen holdepunkter for at være unormalt lave og derfor ikke forekom at være unormalt lave.

101 Det skal endvidere bemærkes, at særlige omstændigheder som omhandlet i den retspraksis, der er nævnt i præmis 74 ovenfor, gør det muligt for Retten i den foreliggende sag at tage hensyn til den af agenturet under sagen afgivne særlige begrundelse.

102 Det skal bemærkes, at det først var den 8. juli 2015, at sagsøgerne fremsatte en særlig anmodning om begrundelse over for agenturet for de to partier med hensyn til de antagne buds prisers unormale karakter (jf. præmis 15 ovenfor). Det er således uden at afvente agenturets svar og uden at give det en tilstrækkelig frist hertil, selv om søgsmålsfristerne ikke var til hinder for en sådan mulighed, at sagsøgerne den 17. juli 2015 anlagde denne sag udelukkende under påberåbelse af, at de anfægtede afgørelser er mangelfuldt begrundet, bl.a. fordi deres anmodning af 8. juli 2015 ikke blev besvaret (jf. præmis 16 ovenfor). Agenturet redegjorde ved skrivelse af 24. juli 2015 for, hvorfor de antagne bud ikke forekom det at være unormalt lave, inden for en frist, der under de konkrete omstændigheder må anses for rimelig. Det må derfor fastslås, at alle disse omstændigheder udgør en særlig situation som omhandlet i den i præmis 74 ovenfor nævnte retspraksis, der begrundet Rettens hensyntagen til skrivelsen af 24. juli 2015 med henblik på at vurdere agenturets overholdelse af begrundelsespligten med hensyn til, hvorfor det ikke fandt, at de antagne bud var unormalt lave.

103 I skrivelsen af 24. juli 2015 anførte agenturet bl.a. følgende:

»Hvad angår argumentet om, at »tilbudsgiverne for de bud, der blev indgivet for parti 1 og 2, blot ulovligt havde reduceret deres priser med henblik på at opnå en konkurrencefordel«, meddeles herved, at:

- For parti 1 ligger de antagne tilbudsgiveres priser i det samme prisleje. Såfremt den laveste dagspris sammenlignes med den højeste pris indgivet i de antagne tilbudsgiveres økonomiske bud, har European Dynamics den laveste omkostningsprofil og Nextera1 har den højeste billige profil.
- For parti 2 afgav 6 ud af 12 tilbudsgivere godkendt til tildelingsfasen et lavere økonomisk bud end European Dynamics' bud. Tre ud af de seks virksomheder med det laveste økonomiske bud blev tildelt kontrakten, og de to første antagne tilbudsgiveres økonomiske bud var meget tæt på.

På baggrund af disse omstændigheder foreligger der afgørende beviser for, at de økonomiske bud ikke var unormalt lave.«

104 Sådanne oplysninger, nemlig at forskellene på de priser, der tilbydes af flere forskellige tilbudsgivere for alle kontraktens partier, ikke er særligt store, gør det således muligt at forstå, hvorfor den ordregivende myndighed i nærværende sag fandt, at de antagne bud ikke umiddelbart var unormalt lave. Det skal endvidere fastslås, at sagsøgerne i replikken kunne bestride, at denne begrundelse var tilstrækkelig, og at de i øvrigt gjorde brug af denne mulighed.

105 De samlede oplysninger, som sagsøgerne således fik kendskab til, opfylder derfor de krav, som agenturet er underlagt på området, sådan som de er blevet præciseret i præmis 100 og 101 ovenfor. Det er derfor med urette, at sagsøgerne i nærværende sag har påberåbt sig en tilsidesættelse af begrundelsespligten.

106 Den omstændighed, at sagsøgerne i nærværende sag har undladt at fremsætte et anbringende, der anfægter rigtigheden af agenturets vurdering, viser ikke, at de ikke var i stand til at forstå den begrundelse, som ligger til grund for denne vurdering. Det bemærkes desuden, at i forbindelse med et anbringende vedrørende en begrundelsesmangel kan eventuelle indsigelser vedrørende denne

begrundelses rigtighed ikke vurderes af Retten, da spørgsmålet om, hvorvidt begrundelsespligten i henhold til artikel 296 EF er opfyldt, i henhold til den retspraksis, der er nævnt i præmis 80 ovenfor, skal holdes adskilt fra spørgsmålet om begrundelsens rigtighed.

- 107 Af samtlige ovenstående grunde må det eneste anbringende om agenturets tilsidesættelse af begrundelsespligten forkastes og Den Europæiske Unions Jernbaneagentur derfor frifindes i det hele.

### **Sagsomkostninger**

- 108 Ifølge procesreglementets artikel 134, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom.
- 109 Da sagsøgerne har tabt sagen, bør det pålægges dem at betale sagsomkostningerne i overensstemmelse med agenturets påstand herom.
- 110 Denne vurdering ændres ikke af sagsøgernes påstand om, at agenturet tilpligtes at betale alle sagsomkostningerne, selv hvis agenturet frifindes. Sagsøgerne har således til støtte for denne påstand henvist til den hævdede begrundelsesmangel i de anfægtede afgørelser og agenturets holdning uden yderligere præciseringer. Disse grunde gør det ikke muligt at tilpligte agenturet at betale omkostninger i nærværende sag.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEEN (Tredje Afdeling):

- 1) **Den Europæiske Unions Jernbaneagentur frifindes.**
- 2) **European Dynamics Luxembourg SA, Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE og European Dynamics Belgium SA betaler sagsomkostningerne.**

Frimodt Nielsen

Kreuschitz

Póltorak

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 4. juli 2017.

Underskrifter