



Samling af Afgørelser

KENDELSE AFSAGT AF RETTENS PRÆSIDENT

3. juli 2017*

»Særlige rettergangsformer – offentlige kontrakter – procedure med forhandling – begæring om foreløbige forholdsregler – ingen uopsættelighed«

I sag T-117/17 R,

Proximus SA/NV, Bruxelles (Belgien), ved advokat B. Schutyser,

sagsøger,

mod

Rådet for Den Europæiske Union ved A. Jaume og S. Cholakova, som befuldmægtigede, bistået af advokaterne P. de Bandt, P. Teerlinck og M. Gherghinaru,

sagsøgt,

angående et søgsmål i henhold til artikel 278 TEUF og 279 TEUF med påstand om anordning af foreløbige forholdsregler med henblik på for det første at opnå udsættelse af gennemførelsen af Rådets afgørelse om at tildele rammeaftalen til en anden tilbudsgiver, og for det andet om udsættelse af gennemførelsen af den aftale, der blev indgået mellem Rådet og tilslagsmodtageren,

har

RETTENS PRÆSIDENT

afsagt følgende

Kendelse

Twistens baggrund, retsforhandlinger og parternes påstande

- 1 Rådet for Den Europæiske Union opfordrede ved skrivelse af 28. juli 2016 sagsøgeren, Proximus SA/NV, samt [fortrolig]¹ til at deltage i den forhandlede procedure for indgåelse af en kontrakt med henblik på indgåelse af en rammeaftale.
- 2 Ved skrivelse af 24. november 2016 blev de tilbudsgivere, der deltog i proceduren for indgåelse af kontrakten, inviteret til at deltage i et møde til forhandling af de økonomiske forhold, hvilket bl.a. omfattede visse anmodninger om supplerende oplysninger.

* Processprog: engelsk.

1 – Fortrolige oplysninger udeladt.

- 3 Forhandlingsmødet blev afholdt den 1. december 2016.
- 4 Efter dette møde opfordrede Rådet tilbudsgiverne til at besvare de punkter, der var fremhævet i dets referat, idet de indtil den 8. december 2016 kunne fremlægge et ændret økonomisk bud, som skulle udgøre deres endelige og bedste bud.
- 5 Ved skrivelse af 23. december 2016 meddelte Rådet sagsøgeren, at selskabets bud ikke blev antaget, og at kontrakten var blevet tildelt en anden tilbudsgiver (herefter »den anfægtede afgørelse«). Samme dag fik sagsøgeren meddelt vurderingen af sit bud.
- 6 Den 29. december 2016 tilsendte sagsøgeren Rådet en skrivelse. Sagsøgeren anmodede om yderligere oplysninger om kendetegnene og fordelene ved det valgte bud. Selskabet anførte endvidere, at det fandt anvendelsen af priskriteriet urigtig, eftersom det havde opnået færre point end den valgte tilbudsgiver, skønt den samlede pris på sidstnævntes bud var højere. Sagsøgeren opfordrede Rådet til at genoverveje sin afgørelse.
- 7 Ved skrivelse af 6. januar 2017 opfordrede sagsøgeren atter Rådet til at genoverveje sin afgørelse og til ikke at indgå kontrakten med den udvalgte tilbudsgiver. I sin skrivelse anførte sagsøgeren detaljeret årsagerne til, at den metode, som blev anvendt til at vurdere det økonomisk mest fordelagtige bud, ifølge selskabet var urigtig, og hvorfor dens anvendelse førte til et »uacceptabelt« resultat. Endvidere gjorde sagsøgeren gældende, at de priser, som den valgte tilbudsgiver havde tilbudt for »service packages« 1 og 2, var unormalt lave. Den 10. januar 2017 tilsendte sagsøgeren Rådet endnu en skrivelse, som med få ændringer gentog ordlyden af skrivelsen af 6. januar 2017.
- 8 Ved skrivelse af 13. januar 2017 besvarede Rådet sagsøgerens skrivelse af 29. december 2016 og meddelte selskabet, at dets skrivelse af 6. januar 2017 ville blive besvaret særskilt.
- 9 Ved skrivelse af 16. januar 2017 uddybede sagsøgeren sin argumentation om, at den af den udvalgte tilbudsgivers pris for »service packages« 1 og 2 var unormalt lav, og gentog sin anmodning om, at Rådet genovervejede sin afgørelse og ikke indgik kontrakten med den valgte tilbudsgiver.
- 10 Ved skrivelse af 23. januar 2017 tog Rådet stilling til sagsøgerens skrivelser af 6. og 16. januar 2017. Rådet anførte endvidere, at det hverken fandt grundlag for at revidere sin afgørelse om tildeling eller for ikke at indgå kontrakten.
- 11 Ved skrivelse af 7. februar 2017 meddelte sagsøgeren Rådet, at selskabet fandt, at de svar, som Rådet havde givet det, var utilfredsstillende, og at selskabet havde besluttet at gå rettens vej ved både et søgsmål vedrørende realiteten og en begæring om foreløbige forholdsregler, som ville blive indgivet nogle uger senere. Endvidere anmodede selskabet Rådet om ikke at indgå kontrakten i mellemtiden.
- 12 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 23. februar 2017 har sagsøgeren anlagt sag i det væsentlige med påstand om annullation af den anfægtede afgørelse.
- 13 Ved særskilt dokument indleveret til Rettens Justitskontor den 23. februar 2017 har sagsøgeren fremsendt den foreliggende begæring om foreløbige forholdsregler, hvori selskabet i det væsentlige har fremsat følgende påstande:
 - Gennemførelsen af den anfægtede afgørelse udsættes.
 - Såfremt kontrakten allerede er indgået med tilslagsmodtageren, udsættes gennemførelsen heraf, indtil der er afsagt endelig dom.
 - Rådet tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

- 14 Rådet har i sine bemærkninger til begæringen om foreløbige forholdsregler, indleveret til Rettens Justitskontor den 10. marts 2017, i det væsentlige fremsat følgende påstande:
- Begæringen om foreløbige forholdsregler tages ikke til følge.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 15 Som svar på et spørgsmål fra Rettens præsident har Rådet den 28. februar 2017 anført, at kontrakten blev indgået med tilslagsmodtageren den 15. februar 2017, og at gennemførelsen af denne kontrakt allerede var påbegyndt.

Retlige bemærkninger

- 16 Det fremgår dels af artikel 278 TEUF, sammenholdt med artikel 279 TEUF, og dels af artikel 256, stk. 1, TEUF, at dommeren i sager om foreløbige forholdsregler, hvis denne skønner, at forholdene kræver det, kan udsætte gennemførelsen af den anfægtede retsakt eller foreskrive de nødvendige foreløbige forholdsregler i medfør af artikel 156 i Rettens procesreglement. Ikke desto mindre opstiller artikel 278 TEUF princippet om, at søgsmål ikke har opsættende virkning, idet der er en formodning for, at de af Den Europæiske Unions institutioner vedtagne retsakter er lovlige. Det er derfor kun undtagelsesvis, at dommeren i sager om foreløbige forholdsregler kan udsætte gennemførelsen af en over for Retten anfægtet retsakt eller foreskrive de nødvendige foreløbige forholdsregler (jf. kendelse af 19.7.2016, Belgien mod Kommissionen, T-131/16 R, EU:T:2016:427, præmis 12).
- 17 Procesreglementets artikel 156, stk. 4, bestemmer, at anmodninger om foreløbige forholdsregler skal angive »sagens genstand, de omstændigheder, der medfører uopsættelighed, og de faktiske og retlige grunde til, at den foreløbige forholdsregel, anmodningen vedrører, umiddelbart forekommer begrundet«.
- 18 Retten kan således udsætte gennemførelsen og fastsætte foreløbige forholdsregler, såfremt det er godtgjort, at de umiddelbart er berettigede af faktiske og retlige grunde (*fumus boni juris*), og såfremt der foreligger uopsættelighed, dvs. at det for at undgå et alvorligt og uopretteligt tab for den part, der har fremsat begæring herom, er nødvendigt at foreskrive dem og tillægge dem retsvirkninger før afgørelsen i hovedsagen. Disse betingelser er kumulative, således at der ikke kan anordnes foreløbige forholdsregler, hvis en af betingelserne ikke er opfyldt. Dommeren i sager om foreløbige forholdsregler kan endvidere i givet fald foretage en interesseafvejning (jf. kendelse af 2.3.2016, Evonik Degussa mod Kommissionen, C-162/15 P-R, EU:C:2016:142, præmis 21 og den deri nævnte retspraksis).
- 19 Dommeren i sager om foreløbige forholdsregler råder desuden, inden for rammerne af denne helhedsundersøgelse, over et vidt skøn og kan frit under hensyn til sagens særegenheder afgøre, hvorledes de forskellige betingelser skal efterprøves, samt rækkefølgen for denne undersøgelse, når ingen bestemmelse pålægger den at anvende et forud fastsat skema for vurderingen af nødvendigheden af at træffe foreløbig afgørelse (jf. kendelse af 19.7.2012, Akhras mod Rådet, C-110/12 P(R), ikke trykt i Sml., EU:C:2012:507, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis).
- 20 Henset til sagsakterne er Retten af den opfattelse, at den er i besiddelse af alle de nødvendige oplysninger for at kunne træffe afgørelse om den foreliggende begæring om foreløbige forholdsregler, uden at det forinden er nødvendigt at høre parternes mundtlige bemærkninger.
- 21 Omstændighederne i denne sag kræver, at det først skal undersøges, hvorvidt kravet om uopsættelighed er opfyldt.

- 22 For at efterprøve, om de begærede foreløbige forholdsregler er uopsættelige, skal det bemærkes, at formålet med en sag om foreløbige forholdsregler er at garantere den fulde virkning af den endelige afgørelse, således at det undgås, at den retsbeskyttelse, Unionens retsinstanser yder, bliver mangelfuld (jf. i denne retning kendelse af 14.1.2016, AGC Glass Europe m.fl. mod Kommissionen, C-517/15 P-R, EU:C:2016:21, præmis 27).
- 23 For at denne målsætning kan opfyldes, skal uopsætteligheden generelt vurderes i forhold til, hvor nødvendigt det er, at der træffes en foreløbig afgørelse med henblik på at undgå et alvorligt og uopretteligt tab for den part, der anmoder om den midlertidige beskyttelse. Det er denne part, som skal dokumentere ikke at kunne afvente afgørelsen i hovedsagen uden at blive påført en sådan skade (jf. i denne retning kendelse af 14.1.2016, AGC Glass Europe m.fl. mod Kommissionen, C-517/15 P-R, EU:C:2016:21, præmis 27 og den deri nævnte retspraksis).
- 24 Hvad imidlertid angår tvister om indgåelse af offentlige kontrakter skal der med henblik på at vurdere uopsætteligheden tages hensyn til disse tvisters særlige kendetegn.
- 25 Det følger af fast retspraksis – henset til de ufravigelige frister, der følger af den effektive beskyttelse, der skal sikres inden for offentlige kontrakter – at når en udelukket tilbudsgiver formår at godtgøre, at der foreligger et tilfælde af særlig alvorlig fumus boni juris, kan det ikke kræves, at den pågældende godtgør, at den manglende imødekommelse af begæringen om foreløbige forholdsregler vil indebære, at vedkommende vil lide en uoprettelig skade. I modsat fald ville dette indebære et urimeligt og ubegrundet indgreb i den nævnte tilbudsgivers ret til en effektiv retsbeskyttelse, som han er sikret i henhold til artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (jf. i denne retning kendelse af 23.4.2015, Kommissionen mod Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, præmis 41).
- 26 Som det fremgår af retspraksis, gælder denne lempelse af betingelserne for vurdering af uopsættelighed, som er begrundet i retten til en effektiv domstolsprøvelse, kun i fasen forud for kontraktens indgåelse, for så vidt som standstill-perioden i henhold til artikel 118, stk. 2 og 3, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012 af 25. oktober 2012 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget og om ophævelse af Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002 (EUT 2012, L 298, s. 1) og artikel 171, stk. 1, i Kommissionens delegerede forordning (EU) nr. 1268/2012 af 29. oktober 2012 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 966/2012 (EUT 2012, L 362, s. 1) overholdes. Når den ordregivende myndighed har indgået en kontrakt med tilslagsmodtageren, efter at denne periode er udløbet, og inden der fremsættes begæring om foreløbige forholdsregler, er der intet grundlag for en sådan lempelse (jf. i denne retning kendelse af 23.4.2015, Kommissionen mod Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, præmis 34 og 42).
- 27 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det fremgår af artikel 171, stk. 2, litra d), i forordning nr. 1268/2012, at standstill-perioden ikke gælder i nærværende sag, eftersom kontrakten blev tildelt som led i en procedure med forhandling.
- 28 Det er sagsøgerens opfattelse, at denne lempelse af betingelserne for vurdering af uopsættelighed skal finde anvendelse i nærværende sag, henset til sagens kompleksitet og til den omhu, som selskabet har udvist efter meddelelsen af den anfægtede afgørelse.
- 29 Dette argument kan ikke tiltrædes.
- 30 Selv om det forudsættes, at retspraksis om en lempelse af betingelserne for vurdering af uopsættelighed kan overføres på tilfælde som det foreliggende, hvor forordning nr. 1268/2012 foreskriver, at standstill-perioden ikke finder anvendelse, står det imidlertid fast, at sagsøgeren ikke har fremsat sin begæring i rette tid til at være begunstiget af den nævnte lempelse.

- 31 Det skal nemlig først bemærkes, at sagsøgeren ikke indgav sin begæring om foreløbige forholdsregler under den fase, der ligger forud for aftaleindgåelsen, men først den 23. februar 2017, mens kontrakten blev undertegnet den 15. februar 2017.
- 32 Som det godtgøres ved sagsøgerens skrivelse af 6. januar 2017, havde selskabet senest denne dag tilstrækkelige oplysninger til at afgøre, om afgørelsen om tildeling eventuelt var behæftet med en ulovlighed, med henblik på at indgive en begæring om foreløbige forholdsregler, inden Rådets og tilslagsmodtagerens endelige indgåelse af kontrakten den 15. februar 2017.
- 33 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at de fire anbringender, som sagsøgeren har påberåbt sig til støtte for sin begæring om foreløbige forholdsregler, vedrører metoden til vurdering af det økonomisk mest fordelagtige bud og dens anvendelse i denne sag. Sagsøgeren havde allerede fremført denne kritik i sin skrivelse af 6. januar 2017.
- 34 Denne kritik ville, hvis den blev fremsat som et annullationsanbringende og til støtte for begæringen om foreløbige forholdsregler, have givet selskabet mulighed for med fordel at anlægge et annullationssøgsmål støttet af en begæring om foreløbige forholdsregler med henblik på at forhindre indgåelsen af kontrakten mellem Rådet og tilslagsmodtageren. En sådan begæring indgivet i tide ville have gjort det muligt for sagsøgerne at opnå vedtagelse af en kendelse i henhold til procesreglementets artikel 157, stk. 2, om udsættelse af gennemførelsen af afgørelsen om tildeling af kontrakten, endnu inden modparten havde indgivet sine bemærkninger, i den periode, som sagen om foreløbige forholdsregler varede (jf. i denne retning kendelse af 30.5.2017, Enrico Colombo og Corinti Giacomo mod Kommissionen, T-690/16 R, ikke trykt i Sml., EU:T:2017:370, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis).
- 35 Derudover kan sagsøgeren heller ikke påberåbe sig, at selskabet flere gange anmodede Rådet om ikke at undertegne kontrakten. Rådet har på intet tidspunkt ladet forstå, at det var villigt til at udsætte indgåelsen af kontrakten. I sin skrivelse af 23. januar 2017 anførte Rådet endvidere, at det hverken fandt grundlag for at revidere sin afgørelse om tildeling eller for ikke at indgå kontrakten.
- 36 Endelig kan sagsøgerens argument om, at selskabet skulle have »haft en rimelig frist til at analysere [Rådets] svar« af 23. januar 2017, heller ikke tiltrædes. Det fremgår nemlig under alle omstændigheder af sagsøgerens skrivelse af 7. februar 2017, at selskabet fandt, at Rådets svar var utilfredsstillende, og at det oplyste Rådet om, at det ville gå rettens vej. Selskabet indgav imidlertid først sit søgsmål støttet af en begæring om foreløbige forholdsregler den 23. februar 2017.
- 37 I betragtning af det ovenstående skal det fastslås, at lempelsen af betingelsen om uopsættelighed i forbindelse med offentlige kontrakter ikke kan anvendes i denne sag.
- 38 Det skal undersøges, om sagsøgeren har ført tilstrækkeligt bevis for, at gennemførelsen af den anfægtede afgørelse påfører selskabet et tab, der ikke alene kan kvalificeres som alvorligt, men ligeledes uopretteligt som omhandlet i den ovenfor i præmis 23 nævnte retspraksis.
- 39 Der skal i denne henseende for det første henvises til fast retspraksis, hvorefter et økonomisk tab ikke, medmindre der foreligger særlige omstændigheder, kan betragtes som uopretteligt, da en økonomisk erstatning som hovedregel kan genoprette skadelidtes økonomiske situation, som den forelå, før skaden indtraf. Ved en sådan skade vil sagsøgeren nemlig kunne få tabet erstattet under et erstatningssøgsmål indgivet i henhold til artikel 268 TEUF og 340 TEUF (jf. kendelse af 23.4.2015, Kommissionen mod Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis).
- 40 For det andet skal det fremhæves, at de negative finansielle konsekvenser for den udelukkede tilbudsgiver, der følger af afvisningen af dennes bud, i princippet er en del af den sædvanlige handelsrisiko, som enhver virksomhed, der er aktiv på markedet, må forholde sig til. Den omstændighed alene, at afvisningen af et bud kan have endog alvorlige negative konsekvenser for den

udelukkede tilbudsgiver, kan således ikke i sig selv begrunde de af sidstnævnte begærede foreløbige forholdsregler (jf. i denne retning kendelse af 11.3.2013, *Communicaid Group mod Kommissionen*, T-4/13 R, EU:T:2013:121, præmis 28-30 og den deri nævnte retspraksis).

- 41 Endelig skal det bemærkes, at de grundlæggende og væsentligste elementer i en kontrakt, som er indgået efter en udbudsprocedure for tildeling af en offentlig kontrakt, for det første er tilslagsmodtagerens gennemførelse af kontrakten og for det andet den ordregivende myndigheds betaling af det i kontrakten fastsatte beløb. Derimod vedrører betragtninger om den valgte tilbudsgivers omdømme og dennes mulighed for at benytte tildelingen af en prestigefyldt offentlig kontrakt som reference inden for rammerne af et fremtidigt udbud eller i andre konkurrencemæssige sammenhænge kun tilfældige og supplerende forhold til den nævnte kontrakt. Såfremt den omstændighed, at en udelukket tilbudsgiver lider et alvorligt tab af fortjeneste ved ikke at opnå det kontraktfastsatte beløb, ikke kan begrunde indrømmelsen af foreløbige forholdsregler, må dette gælde så meget desto mere hvad angår fortabelsen af disse tilfældige og supplerende forhold (jf. i denne retning kendelse af 30.5.2017, *Enrico Colombo og Corinti Giacomo mod Kommissionen*, T-690/16 R, ikke trykt i Sml., EU:T:2017:370, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis).
- 42 Sagsøgerens argumenter med henblik på at godtgøre en alvorlig og uoprettelig skade, som er udledt af den pågældende kontrakts karakter af »referencekontrakt«, af kontraktens »prestigefyldte« karakter, af den manglende mulighed for at kunne udvide sine kompetencer ved gennemførelsen af kontrakten og for at skabe et effektivt partnerskab med andre selskaber og af den fortabte mulighed for, henset til kontraktens betydning, at opnå nedsættelser og fordele hos sine leverandører, som selskabet senere kunne overføre til sine kunder, vedrører tilfældige og supplerende forhold til den omtvistede kontrakt som omhandlet i den i ovennævnte præmis nævnte retspraksis. Det følger således af denne retspraksis, at disse argumenter ikke kan tiltrædes.
- 43 Det følger af det ovenstående, at begæringen om foreløbige forholdsregler skal forkastes, da sagsøgeren ikke har godtgjort, at der foreligger uopsættelighed, uden at der er behov for at tage stilling til *fumus boni juris* eller foretage en interesseafvejning.
- 44 I henhold til procesreglementets artikel 158, stk. 5, skal afgørelsen om sagsomkostningerne udsættes.

På grundlag af disse præmisser bestemmer

RETTENS PRÆSIDENT:

- 1) **Begæringen om foreløbige forholdsregler tages ikke til følge.**
- 2) **Afgørelsen om sagsomkostningerne udsættes.**

Således bestemt i Luxembourg den 3. juli 2017.

E. Coulon
Justitssekretær

M. Jaeger
Præsident