



Rättsfallssamlingen

BESLUT MEDDELAT AV TRIBUNALENS ORDFÖRANDE

den 3 juli 2017*

”Interimistiskt förfarande – Offentlig upphandling – Förhandlat förfarande – Ansökan om interimistiska åtgärder – Situation som ställer krav på skyndsamhet föreligger inte”

I mål T-117/17 R,

Proximus SA/NV, med säte i Bryssel (Belgien), företrätt av advokaten B. Schutyser,

sökande,

mot

Europeiska unionens råd, företrätt av A. Jaume och S. Cholakova, båda i egenskap av ombud, biträdda av advokaterna P. de Bandt, P. Teerlinck och M. Gherghinaru,

svarande,

angående en ansökan med stöd av artiklarna 278 och 279 FEUF om interimistiska åtgärder, i form av dels uppskov med verkställigheten av rådets beslut att tilldela en annan anbudsgivare ramavtalet, dels inhibition av fullgörandet av det ramavtal som ingåtts mellan rådet och den anbudsgivare som tilldelats avtalet,

meddelar

TRIBUNALENS ORDFÖRANDE

följande

Beslut

Bakgrund till tvisten, förfarandet och parternas yrkanden

- 1 Europeiska unionens råd anmodade genom skrivelse av den 28 juli 2016 sökanden, Proximus SA/NV, och [konfidentiellt]¹ att delta i en upphandling genom förhandlat förfarande i syfte att ingå ett ramavtal.
- 2 Genom skrivelse av den 24 november 2016 inbjöds de anbudsgivare som deltog i upphandlingen genom förhandlat förfarande till ett förhandlingsmöte rörande de ekonomiska aspekterna, där bland annat vissa anmodanden om förtydliganden skulle behandlas.

* Rättegångsspråk: engelska.

¹ Konfidentiella uppgifter har utelämnats.

- 3 Förhandlingsmötet hölls den 1 december 2016.
- 4 Efter detta möte anmodade rådet anbudsgivarna att besvara de frågor som lyfts fram i protokollet genom att innan den 8 december 2016 lämna in justerade ekonomiska anbud, vilka skulle utgöra deras sista och bästa anbud.
- 5 Rådet informerade genom skrivelse av den 23 december 2016 sökanden om att dennes anbud inte hade antagits och att kontraktet hade tilldelats en annan anbudsgivare (nedan kallat det angripna beslutet). Samma dag delgavs sökanden utvärderingen av sitt anbud.
- 6 Den 29 december 2016 skickade sökanden en skrivelse till rådet. Sökanden begärde mer ingående uppgifter angående det antagna anbudets särdrag och relativa fördel. Sökanden angav vidare att kriteriet pris tycktes ha tillämpats felaktigt, eftersom sökanden fått lägre poäng än den anbudsgivare som tilldelats kontraktet, trots att den sistnämndes anbud medförde ett högre totalpris. Slutligen begärde sökanden att rådet skulle ompröva sitt beslut.
- 7 Genom skrivelse av den 6 januari 2017 anmodade sökanden på nytt rådet att ompröva sitt beslut och att inte underteckna avtalet med den anbudsgivare som tilldelats kontraktet. I denna skrivelse redogjorde sökanden detaljerat för de skäl som, enligt sökanden, låg till grund för att den metod som tillämpats för att utvärdera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet var felaktig och att denna tillämpning lett till ett ”icke godtagbart” resultat. Sökanden återopade dessutom att de priser som den anbudsgivare som tilldelats kontraktet erbjöd för ”service packages” 1 och 2 var onormalt låga. Sökanden skickade ytterligare en skrivelse till rådet den 10 januari 2017. I denna skrivelse återgavs, i något ändrad form, texten i skrivelsen av den 6 januari 2017.
- 8 Rådet besvarade, genom skrivelse av den 13 januari 2017, på sökandens skrivelse av den 29 december 2016 och upplyste sökanden om att skrivelsen av den 6 januari 2017 skulle besvaras separat.
- 9 Sökanden utvecklade i en skrivelse av den 16 januari 2017 sin argumentation avseende det onormalt låga pris som erbjöds av den anbudsgivare som tilldelats kontraktet för ”service packages” 1 och 2 och upprepade sin begäran om att rådet skulle ompröva sitt beslut och om att rådet inte skulle ingå något avtal med den anbudsgivare som tilldelats kontraktet.
- 10 I skrivelse av den 23 januari 2017 tog rådet ställning till sökandens skrivelser av den 6 och den 16 januari 2017. Rådet angav att det inte fann något skäl att ändra sitt beslut om tilldelning eller att inte ingå avtalet.
- 11 Sökanden meddelade i skrivelse av den 7 februari 2017 rådet att sökanden ansåg att de svar rådet lämnat var otillfredsställande och att sökanden beslutat att vidta rättsliga åtgärder såväl genom att väcka talan i sak som genom att inge en ansökan om interimistiska åtgärder, vilka skulle inges några veckor senare. Sökanden anmodade vidare rådet att inte underteckna avtalet under tiden.
- 12 Genom ansökan som inkom till tribunalens kansli den 23 februari 2017 väckte sökanden talan om ogiltigförklaring av det angripna beslutet.
- 13 Genom särskild handling, som inkom till tribunalens kansli den 23 februari 2017, har sökanden ansökt om interimistiska åtgärder. I denna ansökan har sökanden yrkat att tribunalens ordförande ska
 - förordna om uppskov med verkställigheten av det angripna beslutet,
 - förordna att avtalet, om det redan ingåtts med den anbudsgivare som tilldelats kontraktet, inte får fullgöras innan ett slutligt avgörande meddelats, och

- förplikta rådet att ersätta rättegångskostnaderna.
- 14 I sitt yttrande över ansökan om interimistiska åtgärder, vilket inkom till tribunalens kansli den 10 mars 2017, har rådet i huvudsak yrkat att tribunalens ordförande ska
- avslå ansökan om interimistiska åtgärder, och
 - förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.
- 15 Rådet har, som svar på en fråga från tribunalen, den 28 februari 2017 uppgett att avtalet med den anbudsgivare som tilldelats kontraktet undertecknats den 15 februari 2017 och att fullgörandet av avtalet redan påbörjats.

Rättslig bedömning

- 16 Enligt artiklarna 278 och 279 FEUF jämförda med artikel 256.1 FEUF kan den domare som har behörighet att besluta om interimistiska åtgärder, om denne anser att omständigheterna så kräver, med tillämpning av artikel 156 i tribunalens rättegångsregler förordna om uppskov med verkställigheten av en rättsakt som angripits vid tribunalen och förordna om nödvändiga interimistiska åtgärder. Av artikel 278 FEUF framgår emellertid att en talan som förs i princip inte ska hindra verkställighet eftersom de rättsakter som Europeiska unionens institutioner antar presumeras vara giltiga. Den domare som har behörighet att besluta om interimistiska åtgärder får således endast undantagsvis förordna om uppskov med verkställigheten av en rättsakt som angripits vid tribunalen eller förordna om interimistiska åtgärder (beslut av den 19 juli 2016, Belgien/kommissionen, T-131/16 R, EU:T:2016:427, punkt 12).
- 17 I artikel 156.4 i rättegångsreglerna föreskrivs att en ansökan om interimistiska åtgärder ska innehålla ”uppgifter om saken, de omständigheter som ställer krav på skyndsamhet och de grunder avseende faktiska och rättsliga omständigheter på vilka den begärda åtgärden omedelbart framstår som befogad”.
- 18 Uppskov med verkställigheten och andra interimistiska åtgärder kan således beviljas av den domare som har behörighet att besluta om interimistiska åtgärder, om det fastställs att de med avseende på de faktiska och rättsliga omständigheterna omedelbart framstår som befogade (*fumus boni juris*) och att omständigheterna ställer krav på skyndsamhet, på så sätt att åtgärderna måste beviljas och ha verkan redan innan målet har avgjorts i sak, för att undvika att den som ansöker om de interimistiska åtgärderna orsakas allvarlig och irreparabel skada. Dessa villkor är kumulativa, vilket innebär att ansökan om interimistiska åtgärder ska avslås om ett av villkoren inte är uppfyllt. Den domare som har behörighet att besluta om interimistiska åtgärder ska även i förekommande fall göra en avvägning mellan de föreliggande intressena (se beslut av den 2 mars 2016, Evonik Degussa/kommissionen, C-162/15 P-R, EU:C:2016:142, punkt 21 och där angiven rättspraxis).
- 19 Vid denna helhetsbedömning förfogar den domare som har behörighet att besluta om interimistiska över ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning och är fri att med avseende på de särskilda omständigheterna i fallet i fråga avgöra sättet att pröva om dessa villkor är uppfyllda liksom i vilken ordning denna prövning ska utföras, då det inte finns någon rättslig bestämmelse i vilken det föreskrivs ett redan upprättat analyschema för bedömningen av om det är nödvändigt att bevilja interimistiska åtgärder (se beslut av den 19 juli 2012, Akhras/rådet, C-110/12 P(R), ej publicerat, EU:C:2012:507, punkt 23 och där angiven rättspraxis).
- 20 Med beaktande av handlingarna i målet anser sig tribunalens ordförande förfoga över samtliga uppgifter som är nödvändiga för att avgöra förevarande ansökan om interimistiska åtgärder, utan att det är nödvändigt att först ge parterna tillfälle att yttra sig muntligen.

- 21 Med hänsyn till omständigheterna i målet kommer tribunalens ordförande inledningsvis att pröva huruvida villkoret att situationen ställer krav på skyndsamhet är uppfyllt.
- 22 Vid prövningen av om omständigheterna ställer krav på skyndsamhet när det gäller de sökta interimistiska åtgärderna ska det beaktas att ändamålet med ett interimistiskt förfarande är att säkerställa att det kommande slutliga avgörandet får full verkan, i syfte att undvika luckor i det rättsskydd som unionsdomstolen ska tillhandahålla (se, för ett liknande resonemang, beslut av den 14 januari 2016, AGC Glass Europe m.fl./kommissionen, C-517/15 P-R, EU:C:2016:21, punkt 27).
- 23 För att uppnå detta ändamål ska frågan huruvida omständigheterna ställer krav på skyndsamhet bedömas mot bakgrund av om det är nödvändigt att fatta ett interimistiskt beslut för att undvika att den som ansöker om den interimistiska åtgärden orsakas allvarlig och irreparabel skada. Det ankommer på denna part att styrka att denne inte kan avvakta utgången av målet rörande huvudsaken utan att åsamkas allvarlig och irreparabel skada (se, för ett liknande resonemang, beslut av den 14 januari 2016, AGC Glass Europe m.fl./kommissionen, C-517/15 P-R, EU:C:2016:21, punkt 27 och där angiven rättspraxis).
- 24 När det gäller tvister som rör offentlig upphandling ska dessa tvisters särdrag emellertid beaktas vid bedömningen av om det föreligger en situation som ställer krav på skyndsamhet.
- 25 Det framgår nämligen av rättspraxis att det – med beaktande av kraven på ett effektivt interimistiskt skydd som ska säkerställas på området för offentlig upphandling – när den anbudsgivare som inte har valts ut visar att det föreligger en rättsstridighet som det framstår som synnerligen faktiskt och rättsligt befogat (*fumus boni juris*) att åtgärda, inte kan krävas att han styrker att ett avslag på hans ansökan om interimistiska åtgärder skulle innebära att han riskerar att lida irreparabel skada. Annars skulle anbudsgivarens rätt till ett effektivt domstolsskydd enligt artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna åsidosättas på ett orimligt och omotiverat sätt (se, för ett liknande resonemang, beslut av den 23 april 2015, kommissionen/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, punkt 41).
- 26 Det framgår emellertid av rättspraxis att dessa mildare villkor för att bedöma huruvida en situation som ställer krav på skyndsamhet föreligger, vilka motiveras av rätten till ett effektivt rättsmedel, endast är tillämpliga under tiden innan avtal ingås och under förutsättning att den frysningsperiod iakttagits som föreskrivs i artikel 118.2 och 118.3 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU, Euratom) nr 966/2012 av den 25 oktober 2012 om finansiella regler för unionens allmänna budget och om upphävande av rådets förordning (EG, Euratom) nr 1605/2002 (EUT L 298, 2012, s. 1) och i artikel 171.1 i kommissionens delegerade förordning (EU) nr 1268/2012 av den 29 oktober 2012 om tillämpningsföreskrifter för förordning nr 966/2012 (EUT L 362, 2012, s. 1). När den upphandlande myndigheten har ingått avtal med den anbudsgivare som tilldelats kontraktet efter det att denna period har löpt ut och innan ansökan om interimistiska åtgärder lämnas in är de ovannämnda mildare bestämmelserna inte längre motiverade (se, för ett liknande resonemang, beslut av den 23 april 2015, kommissionen/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, punkterna 34 och 42).
- 27 Det kan i detta hänseende påpekas att det av artikel 171.2 d i förordning nr 1268/2012 framgår att frysningsperioden inte var tillämplig i förevarande fall, eftersom kontraktet tilldelades genom ett förhandlat förfarande.
- 28 Sökanden anser att dessa mildare villkor för att bedöma huruvida en situation som ställer krav på skyndsamhet föreligger bör tillämpas i förevarande fall med hänsyn till ärendets komplicerade beskaffenhet och till att sökanden agerade skyndsamt efter delgivningen av det angripna beslutet.
- 29 Detta argument kan inte godtas.

- 30 Även om det antas att den rättspraxis enligt vilken mildare villkor kan tillämpas för att bedöma huruvida en situation som ställer krav på skyndsamhet föreligger kan överföras till sådana situationer, som i förevarande fall, där frysningsperioden enligt förordning nr 1268/2012 inte gäller, så har sökanden under alla omständigheter inte lämnat in sin ansökan om interimistiska åtgärder i tid för att kunna åtnjuta dessa mildare villkor.
- 31 Det ska nämligen först påpekas att sökanden inte ingav sin ansökan om interimistiska åtgärder innan avtalet ingicks, utan först den 23 februari 2017, trots att avtalet undertecknades den 15 februari 2017.
- 32 Som framgår av sökandens skrivelse av den 6 januari 2017 förfogade denne emellertid senast vid denna tidpunkt över tillräckliga uppgifter för att fastställa huruvida beslutet om tilldelning av kontraktet eventuellt var rättsstridigt och för att kunna inge en ansökan om interimistiska åtgärder innan avtalet mellan rådet och den anbudsgivare som tilldelats kontraktet ingicks den 15 februari 2017.
- 33 Det ska påpekas att de fyra grunder som åberopats av sökanden till stöd för dennes ansökan om interimistiska åtgärder rör metoden för utvärdering av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och metodens tillämpning i förevarande fall. Sökanden uttryckte emellertid denna kritik redan i sin skrivelse av den 6 januari 2017.
- 34 Det var med hjälp av denna kritik, som framförts som en grund för ogiltigförklaring och till stöd för ansökan om interimistiska åtgärder, möjligt för sökanden att på ett ändamålsenligt sätt väcka talan om ogiltigförklaring och ansöka om interimistiska åtgärder i syfte att förhindra att avtalet mellan rådet och den anbudsgivare som tilldelats kontraktet ingicks. En sådan ansökan, inlämnad i rätt tid, hade gjort det möjligt för sökanden att erhålla ett beslut enligt artikel 157.2 i rättegångsreglerna om uppskov med verkställigheten av beslutet om tilldelning av kontraktet under perioden för det interimistiska förfarandet, trots att något yttrande ännu inte inkommit från motparten (se, för ett liknande resonemang, beslut av den 30 maj 2017, Enrico Colombo och Corinti Giacomo/kommissionen, T-690/16 R, ej publicerat, EU:T:2017:370, punkt 40 och där angiven rättspraxis).
- 35 Sökanden kan inte heller med framgång göra gällande att denne vid flera tillfällen anmodat rådet att inte underteckna avtalet. Rådet har nämligen inte vid något tillfälle antytt att det skulle vara berett att skjuta upp undertecknandet av avtalet. Tvärtom angav rådet i sin skrivelse av den 23 januari 2017 att det inte såg något skäl till att ändra sitt beslut om tilldelning eller att inte ingå avtalet.
- 36 Slutligen kan sökandens argument, enligt vilket sökanden borde ha "getts en rimlig frist för att analysera svaret" från rådet den 23 januari 2017, inte heller godtas. Det framgår nämligen under alla omständigheter av sökandens skrivelse av den 7 februari 2017 att sökanden betraktade rådets svar som otillfredsställande och underrättade rådet om att sökanden avsåg att väcka talan. Trots detta ingav sökanden sin talan om ogiltigförklaring och sin ansökan om interimistiska åtgärder först den 23 februari 2017.
- 37 Av detta följer att de mildare villkoren för att bedöma huruvida det föreligger en situation som ställer krav på skyndsamhet i samband med en offentlig upphandling inte kan tillämpas i förevarande fall.
- 38 Det ska härefter prövas om sökanden styrkt att en verkställighet av det angripna beslutet skulle medföra en skada för sökanden som inte bara kan anses vara allvarlig utan även irreparabel i den mening som avses i den rättspraxis som nämnts i punkt 23 ovan.
- 39 EU-domstolen erinrar, för det första, om att en skada av ekonomisk art enligt fast rättspraxis inte kan anses vara irreparabel såvida inte särskilda omständigheter föreligger, eftersom en ekonomisk ersättning i regel kan medföra att den skadelidande åter försätts i den situation som rådde innan skadan uppkom. En sådan skada skulle bland annat kunna avhjälpas genom en skadeståndstalan enligt artiklarna 268 och 340 FEUF (se beslut av den 23 april 2015, kommissionen/Vanbreda Riss & Benefits, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, punkt 24 och där angiven rättspraxis).

- 40 Det ska, för det andra, påpekas att de negativa ekonomiska följderna för den utkonkurrerade anbudsgivaren, på grund av att dennes anbud förkastats, i princip ingår i de sedvanliga affärsmässiga risker som varje företag på marknaden måste räkna med. Enbart den omständigheten att avslaget av ett anbud kan få negativa ekonomiska konsekvenser, till och med allvarliga sådana, för den anbudsgivare vars anbud inte antagits, kan inte i sig motivera de interimistiska åtgärder som denne ansökt om (se, för ett liknande resonemang, beslut av den 11 mars 2013, *Communicaid Group/kommissionen*, T-4/13 R, EU:T:2013:121, punkterna 28–30 och där angiven rättspraxis).
- 41 Det ska slutligen erinras om att de väsentliga och huvudsakliga delar av ett avtal som ingås till följd av ett anbudsörfarande i syfte att tilldela ett offentligt kontrakt är dels fullgörandet av kontraktet av det företag som vunnit upphandlingen, dels den upphandlande myndighetens betalning av det belopp som föreskrivs i avtalet. Överväganden angående den vinnande anbudsgivarens anseende och möjligheten för denne att i samband med framtida upphandlingar eller i andra konkurrensutsatta sammanhang hänvisa till att företaget tilldelats ett prestigefullt kontrakt utgör endast sekundära och underordnade delar av nämnda avtal. Om det förhållandet att en anbudsgivare vars anbud inte antagits går miste om en anseelig vinst genom att denne inte erhåller det belopp kontraktet avser, vilket utgör en väsentlig och huvudsaklig del av den aktuella offentliga upphandlingen, inte kan motivera en interimistisk åtgärd, så gäller detta i än högre grad med avseende på förlusten av nämnda sekundära och underordnade delar (se, för ett liknande resonemang, beslut av den 30 maj 2017, *Enrico Colombo och Corinti Giacomo/kommissionen*, T-690/16 R, ej publicerat, EU:T:2017:370, punkt 55 och där angiven rättspraxis).
- 42 De argument sökanden anfört för att påvisa en allvarlig och irreparabel skada, som rör det aktuella kontraktets egenskap av ”kontrakt att hänvisa till”, kontraktets ”prestigefulla” karaktär, att sökanden går miste om en möjlighet att utveckla sin kompetens genom att fullgöra kontraktet och bilda ett reellt partnerskap med andra bolag eller förlusten av möjligheten att, med hänsyn till kontraktets betydelse, erhålla rabatter och förmåner från sökandens leverantörer som sökanden sedan i sin tur kan bevilja sina klienter, rör sekundära och underordnade delar av den angripna upphandlingen i den mening som avses i den rättspraxis det redogjorts för ovan. Dessa argument kan följaktligen, mot bakgrund av denna rättspraxis, inte godtas.
- 43 Av detta följer att ansökan om interimistiska åtgärder ska avslås, eftersom sökanden inte styrkt att det föreligger en situation som ställer krav på skyndsamhet. Det saknas anledning att pröva om det föreligger en rättsstridighet som det framstår som synnerligen faktiskt och rättsligt befogat (*fumus boni juris*) att åtgärda eller att företa en avvägning av intressen.
- 44 Enligt artikel 158.5 i rättegångsreglerna ska frågan om rättegångskostnader anstå.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALENS ORDFÖRANDE

följande:

- 1) **Ansökan om interimistiska åtgärder avslås.**
- 2) **Frågan om rättegångskostnader anstår.**

Luxemburg den 3 juli 2017

Justitiesekreterare
E. Coulon

Ordförande
M. Jaeger