



## Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (tredje avdelningen)

den 4 juli 2017\*

”Offentlig upphandling av tjänster — Anbuds förfarande — Tillhandahållande av externa tjänster för utveckling av informationssystemen vid Europeiska unionens järnvägsbyrå — Rangordning av en anbudsgivares anbud — Beslut att inte anta en anbudsgivares anbud — Motiveringsskyldighet — Onormalt lågt anbud”

I mål T-392/15,

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

**Εvropaϊki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE**, Aten (Grekland),

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

inledningsvis företrädda av advokaterna I. Ampazis, M. Sfyri, C.-N. Dede och D. Papadopoulou, därefter av advokaterna M. Sfyri, C.-N. Dede och D. Papadopoulou,

sökande,

mot

**Europeiska unionens järnvägsbyrå**, inledningsvis företrädd av J. Doppelbauer, därefter av G. Stärkle och Z. Pyloridou, samtliga i egenskap av ombud, biträdda av advokaten V. Christianos,

svarande,

angående en talan med stöd av artikel 263 FEUF om ogiltigförklaring av Europeiska unionens järnvägsbyrås beslut om rangordning av sökandenas inlämnade anbud för delarna 1 och 2 i upphandling ERA/2015/01/OP ”ESP EISD 5 – Tillhandahållande av externa tjänster för utveckling av informationssystem vid Europeiska unionens järnvägsbyrå”,

meddelar

TRIBUNALEN (tredje avdelningen)

sammansatt av ordföranden S. Frimodt Nielsen samt domarna V. Kreuzschitz (referent) och N. Póltorak,

justitiesekreterare: E. Coulon,

följande

\* Rättegångsspråk: grekiska.

## Dom

### Bakgrund till tvisten

- 1 Den 28 maj 2013 offentliggjordes meddelande om upphandling ERA/2013/16/RSU/OP "ESP EISD 4" (nedan kallad upphandling ESP EISD 4) i Tillägg till *Europeiska unionens officiella tidning* (EUT 2013/S 101-172115). Upphandlingen avsåg ett öppet förfarande för tillhandahållande av externa tjänster för utveckling av informationssystemen vid Europeiska järnvägsbyrån, nu Europeiska unionens järnvägsbyrå (nedan kallad järnvägsbyrån). Upphandlingen bestod av tre delar och tilldelningskriteriet var bästa förhållandet mellan kvalitet och pris. För var och en av delarna i upphandlingen skulle järnvägsbyrån ingå ett ramavtal med de tre anbudsgivare som rangordnats högst och ingå kontrakt med var och en av dem under ramavtalets genomförandeperiod.
- 2 Den 16 september 2013 lämnade sökandena, European Dynamics Luxembourg SA, Evropaiki Dynamiki – Proïgmena Systimata Tilepikoininion Pliroforikis kai Tilematikis AE och European Dynamics Belgium SA, ett anbud för var och en av de tre delarna av upphandling ESP EISD 4.
- 3 Den 12 september 2014 meddelade järnvägsbyrån sökandena att deras anbud hade rangordnats högst för var och en av de tre delarna av upphandling ESP EISD 4 och att de skulle erbjudas ett ramavtal för var och en av dessa delar.
- 4 Den 14 oktober 2014 delgav järnvägsbyrån sökandena sitt beslut att ogiltigförklara upphandling ESP EISD 4 på grund av att den inte omfattade någon matematisk formel för den ekonomiska bedömningen av anbuderna. Detta beslut offentliggjordes i Tillägg till *Europeiska unionens officiella tidning* den 29 oktober 2014.
- 5 Den 14 oktober 2014 ifrågasatte sökandena skälen till järnvägsbyråns beslut att ogiltigförklara upphandling ESP EISD 4. Järnvägsbyrån besvarade sökandenas ifrågasättande den 13 november 2014 och preciserade att nämnda beslut hade fattats eftersom den procentuella viktningen av kunskapsnivåer inte framgick av specifikationerna i den aktuella upphandlingen. Järnvägsbyrån angav även att ett nytt meddelande om upphandling skulle offentliggöras och att det i detta meddelande skulle klargöras vilken formel som valts för den ekonomiska bedömningen av anbuderna.
- 6 Den 13 november 2014 ifrågasatte sökandena på nytt skälet till att upphandling ESP EISD 4 hade ogiltigförklarats. Järnvägsbyrån besvarade detta ifrågasättande den 10 december 2014 och översände den 15 december 2014 en offentlig version av utvärderingsrapporten om nämnda upphandling till sökandena.
- 7 Den 28 januari 2015 offentliggjordes meddelande om upphandling ERA/2015/01/OP "ESP EISD 5 – Upphandling av externa tjänster för utveckling av informationssystemen vid [järnvägsbyrån]" (nedan kallad upphandling ESP EISD 5) i Tillägg till *Europeiska unionens officiella tidning* (EUT 2015/S 019-029728). Upphandlingen avsåg ett öppet förfarande för tillhandahållande av externa tjänster för utveckling av informationssystemen vid järnvägsbyrån. Upphandlingen bestod av tre delar och tilldelningsmetoden var bästa förhållandet mellan kvalitet och pris. Järnvägsbyrån skulle för var och en av delarna i denna upphandling ingå ett ramavtal med de tre anbudsgivarna vars anbud rangordnats högst. Sista dag för inlämning av anbud inom ramen för denna anbudsinfordran var den 6 mars 2015. Sökandena lämnade in sina anbud som ett konsortium inom denna frist.
- 8 Den 8 maj 2015 meddelade järnvägsbyrån sökandena att man beslutat att rangordna deras anbud avseende del 1 av upphandling ESP EISD 5, med rubriken "Utveckling av informationssystemen på plats utifrån avsatt tid och medel (inbegripet utredningar och bistånd)" (nedan kallat del 1), på andra plats (nedan kallat det första angripna beslutet).

- 9 Den 11 maj 2015 begärde sökandena ytterligare uppgifter av järnvägsbyrån avseende tilldelningen av del 1 till de anbudsgivare vars anbud hade rangordnats på första och på tredje plats.
- 10 Järnvägsbyrån besvarade denna begäran den 20 maj 2015. I svaret lämnade järnvägsbyrån uppgifter om det anbud som rangordnats högst och om sökandenas anbud. Järnvägsbyrån angav att utvärderingskommittén hade rangordnat anbudet från konsortiet Nexteral högst med 56 poäng av 60 efter den tekniska bedömningen och 38,78 poäng av 40 efter den ekonomiska bedömningen. Sökandenas anbud hade placerats på andra plats med 57 poäng av 60 efter den tekniska bedömningen och 35,46 poäng av 40 efter den ekonomiska bedömningen.
- 11 Den 8 juli 2015 begärde och erhöll sökandena en kopia av utvärderingsrapporten avseende del 1.
- 12 Den 1 juli 2015 meddelade järnvägsbyrån sökandena sitt beslut att rangordna deras anbud avseende del 2 av upphandling ESP EISD 5, med rubriken ”Utveckling av informationssystemen på annan plats (inbegripet utredningar och bistånd)” (nedan kallat del 2), på sjunde plats och därmed förkasta anbudet (nedan kallat det andra angripna beslutet).
- 13 Den 2 juli 2015 begärde sökandena ytterligare uppgifter om tilldelningen av del 2 till de tre anbudsgivare vars anbud hade valts ut.
- 14 Järnvägsbyrån besvarade denna begäran den 7 juli 2015 genom att översända ett utdrag ur utvärderingskommitténs rapport innehållande bland annat uppgifter om de anbud som hade valts ut för del 2. I synnerhet hade ett anbud från Intrasoft placerats på första plats med 51 poäng av 60 efter den tekniska bedömningen och 39,04 poäng av 40 efter den ekonomiska bedömningen. Atos Belgiums anbud hade placerats på andra plats med 48,5 poäng av 60 efter den tekniska bedömningen och 40 poäng av 40 efter den ekonomiska bedömningen. Anbudet från konsortiet Nextera2 hade placerats på tredje plats med 52,5 poäng av 60 efter den tekniska bedömningen och 32,53 poäng av 40 efter den ekonomiska bedömningen. Sökandenas anbud hade erhållit 52 poäng av 60 efter den tekniska bedömningen och 26,23 poäng av 40 efter den ekonomiska bedömningen.
- 15 Den 8 juli 2015 skrev sökandena till järnvägsbyrån och anklagade den för att ha begått flera fel som påverkade de angripna besluten. Sökandena ansåg bland annat att de anbudsgivare vars anbud hade valts ut för delarna 1 och 2 hade sänkt sina priser på ett oriktigt sätt för att vinna konkurrensfördelar. De uppgav även att de inte förstod hur järnvägsbyrån kunde godta sådana konstlat låga priser och att de beklagade att järnvägsbyrån hade beslutat att godta dessa priser utan vidare undersökning eller förklaring.

### **Förfarandet och parternas yrkanden**

- 16 Sökandena väckte den nu aktuella talan mot de angripna besluten genom ansökan som inkom till tribunalens kansli den 17 juli 2015.
- 17 Den 23 juli 2015 meddelade sökandena järnvägsbyrån att de inte erhållit något svar på skrivelsen av den 8 juli 2015. De erinrade om att de ansåg att de valda anbuden var onormalt låga och uppgav att de väckt talan mot de angripna besluten.
- 18 Den 24 juli 2015 besvarade järnvägsbyrån sökandenas skrivelse av den 8 juli 2015 och bestred sökandenas invändningar.
- 19 Den 27 juli 2015 bestred sökandena järnvägsbyråns argument i sin skrivelse av den 24 juli 2015.
- 20 Tribunalens kansli delgav järnvägsbyrån sökandenas ansökan den 29 juli 2015.

- 21 Genom separat handling som inkom till tribunalens kansli den 15 oktober 2015 anförde järnvägsbyrån en invändning om rättegångshinder enligt artikel 130 i tribunalens rättegångsregler och gjorde gällande att sökandenas talan mot det andra angripna beslutet inte kunde tas upp till prövning.
- 22 Järnvägsbyrån ingav sitt svaromål till tribunalens kansli samma dag.
- 23 Genom separat handling som inkom till tribunalens kansli den 26 november 2015 anförde järnvägsbyrån nya argument och lade fram ny bevisning.
- 24 Den 22 februari 2016 ingav sökandena en replik till tribunalens kansli, i vilken de framförde sina synpunkter på svaromålet, invändningen om rättegångshinder och järnvägsbyråns nya argument och bevisning.
- 25 Järnvägsbyråns duplik inkom till tribunalens kansli den 21 april 2016.
- 26 Sökandena har yrkat att tribunalen ska
- ogilla invändningen om rättegångshinder,
  - ogiltigförklara de angripna besluten,
  - inte beakta de nya grunder och den nya bevisning som järnvägsbyrån lade fram i inlagan av den 26 november 2015,
  - förplikta järnvägsbyrån att ersätta sökandenas rättegångskostnader.
- 27 Järnvägsbyrån har yrkat att tribunalen ska
- förklara att talan inte kan tas upp till prövning i den del den avser det andra angripna beslutet,
  - ogilla talan i dess helhet, för det fall talan i sin helhet tas upp till prövning,
  - undanta bilaga C4 från handlingarna i målet vid tribunalen och inte beakta de argument som sökandena grundat på denna bilaga,
  - förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.
- 28 Tribunalen (fjärde avdelningen) beslutade den 21 juli 2016 att invändningen om rättegångshinder skulle prövas i samband med att målet prövades i sak och att frågan om rättegångskostnader fick anstå.
- 29 I och med att sammansättning av tribunalens avdelningar ändrats enligt artikel 27.5 i rättegångsreglerna, placerades referenten på den tredje avdelningen. Följaktligen tilldelades denna avdelning det nu aktuella målet.
- 30 Parterna hade inte begärt någon muntlig förhandling enligt artikel 106.3 i rättegångsreglerna och därför beslutade tribunalen (tredje avdelningen), på förslag av referenten, att avgöra målet utan att inleda den muntliga delen av förfarandet. Tribunalen ansåg nämligen att den hade tillräckligt underlag genom handlingarna i målet för att avgöra målet utan att gå vidare med förfarandet.

## Rättslig bedömning

### *Upptagande till prövning*

#### *Huruvida talan mot det andra angripna beslutet kan tas upp till prövning*

- 31 Järnvägsbyrån anser att den nu aktuella talan inte kan tas upp till prövning i den del som avser det andra angripna beslutet, eftersom sökandena inte längre har något intresse av att yrka att detta beslut ska ogiltigförklaras på grund av bristfällig motivering. Järnvägsbyrån har anfört att den i skrivelsen av den 24 juli 2015 klargjorde för sökandena varför den ansåg att de valda anbuden inte verkade vara onormalt låga. Detta klargörande gjordes efter den 17 juli 2015, då sökandena ingav sin talan, men före den 11 september 2015, då fristen för att väcka talan mot det andra angripna beslutet löpte ut. Följaktligen skulle sökandena, enligt järnvägsbyrån, ha kunnat väcka talan vid tribunalen mellan den 24 juli och den 11 september 2015 med kännedom om denna motivering och då ha kunnat utöva sin rätt till försvar. Järnvägsbyrån anser att talan förlorade sin ändamålsenliga verkan genom att sökandena inte utnyttjade denna möjlighet och att sökandena därmed förlorade sitt intresse av att få saken prövad.
- 32 Järnvägsbyrån menar dessutom att sökandena inte styrkt att en ogiltigförklaring av det andra angripna beslutet då talan väcktes skulle ha varit till fördel för sökandena genom dess föremål och resultat. Till stöd för detta argument har järnvägsbyrån påpekat att sökandena inte var tvungna att väcka talan mot det andra angripna beslutet den 17 juli 2015, eftersom fristen för att väcka talan mot detta beslut inte löpte ut förrän efter detta datum och att detta beslut inte "helt" saknade motivering så att de var förhindrade att utöva sina rättigheter.
- 33 Sökandena har bestritt påståendet att de inte längre har intresse av att få det andra angripna beslutet prövat. De anser att frågan om de onormalt låga anbuden inte berördes i skälen i de angripna besluten då deras talan väcktes och att de hade rätt att väcka talan mot nämnda beslut utan att vänta till sista dagen för att väcka talan. I varje fall anser de att järnvägsbyråns skrivelse av den 24 juli 2015 inte innehöll några uppgifter om att man kontrollerat att de valda anbuden inte var onormalt låga.
- 34 Tribunalen erinrar om att en sökandes berättigade intresse av att få saken prövad utgör det väsentliga och främsta villkoret för att ha rätt att väcka talan vid domstol (dom av den 17 september 2015, Mory m.fl./kommissionen, C-33/14 P, EU:C:2015:609, punkt 58, och dom av den 10 april 2013, GRP Security/revisionsrätten, T-87/11, ej publicerad, EU:T:2013:161, punkt 44). Detta intresse ska, med hänsyn till talans föremål, föreligga när talan väcks, vid äventyr av att den annars inte kan tas upp till prövning (dom av den 7 juni 2007, Wunenburger/kommissionen, C-362/05 P, EU:C:2007:322, punkt 42).
- 35 En talan om ogiltigförklaring som väcks av en fysisk eller juridisk person kan endast tas upp till prövning i den mån denna person har intresse av att den angripna rättsakten ogiltigförklaras. Ett sådant intresse förutsätter att själva ogiltigförklaringen av den angripna rättsakten kan få rättsverkningar och att talan således genom sitt resultat kan medföra en fördel för den person som har väckt den (beslut av den 5 mars 2009, kommissionen/Provincia di Imperia, C-183/08 P, ej publicerat, EU:C:2009:136, punkt 19, dom av den 17 september 2015, Mory m.fl./kommissionen, C-33/14 P, EU:C:2015:609, punkt 55, beslut av den 30 april 2007, EnBW Energie Baden-Württemberg/kommissionen, T-387/04, EU:T:2007:117, punkt 96, och dom av den 22 maj 2012, Evropaïki Dynamiki/kommissionen, T-17/09, ej publicerad, EU:T:2012:243, punkt 117).
- 36 Ett sådant intresse ska bestå fram till domstolsavgörandet, vid äventyr av att det beslutas att det saknas anledning att döma i saken (se dom av den 7 juni 2007, Wunenburger/kommissionen, C-362/05 P, EU:C:2007:322, punkt 42 och där angiven rättspraxis, och dom av den 17 september 2015, Mory m.fl./kommissionen, C-33/14 P, EU:C:2015:609, punkt 57 och där angiven rättspraxis). Med detta krav

säkerställs på processrättslig nivå, i den goda rättsskipningens intresse, att tribunalen inte används för att lämna sakkunnigutlåtanden eller för att klargöra rent teoretiska frågor (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 juni 2009, Socratec/kommissionen, T-269/03, ej publicerad, EU:T:2009:211, punkt 36).

- 37 I det nu aktuella fallet gick det andra angripna beslutet sökandena emot vid den tidpunkt då talan väcktes, eftersom järnvägsbyrån genom detta beslut förkastade deras anbud för del 2 och tilldelade tre andra anbudsgivare den delen. En ogiltigförklaring av detta beslut skulle innebära att järnvägsbyrån i princip skulle få göra en ny bedömning av sökandenas anbud som skulle kunna vara till fördel för dem, i synnerhet då det inte är uteslutet att del 2 skulle kunna tilldelas sökandena efter en ny bedömning. En ogiltigförklaring av detta beslut skulle för övrigt kunna förmå järnvägsbyrån att göra erforderliga ändringar i framtida anbudsförfaranden (se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 maj 2014, European Dynamics Luxembourg/ECB, T-553/11, ej publicerad, EU:T:2014:275, punkt 95 och där angiven rättspraxis). Följaktligen hade sökandena ett intresse av att få det andra angripna beslutet prövat då talan väcktes. Talan kan således tas upp till prövning.
- 38 Såsom följer av den rättspraxis som anges ovan i punkt 36, ska intresset av att få saken prövad bestå under hela förfarandet. Om detta intresse går förlorat under förfarandet innebär det inte att talan inte kan tas upp till prövning, utan att det saknas anledning att döma i saken. Enligt artikel 130.2 i rättegångsreglerna får en part ansöka om att tribunalen ska fastställa att det inte finns anledning att döma i saken. Tribunalen får dessutom enligt artikel 131.2 i rättegångsreglerna på eget initiativ fastställa att det inte finns anledning att döma i saken för det fall att en sökande inte svarat på tribunalens uppmaningar.
- 39 Såvitt järnvägsbyråns invändning om rättegångshinder kan betraktas som en ansökan om fastställelse att det inte finns anledning att döma i saken, konstaterar tribunalen att järnvägsbyrån har fel i sitt påstående att sökandena förlorade intresset av att få saken prövad av det skälet att de den 24 juli 2015, det vill säga efter den 17 juli 2015 då talan som enbart avsåg en bristfällig motivering väcktes men före den 11 september 2015, som var sista dag för att väcka talan, erhöll en fullständig motivering från järnvägsbyrån avseende de valda anbuden, som inte var onormalt låga, men att de inte bestritt att motiveringen var välgrundad innan fristen för att väcka talan löpte ut.
- 40 Oberoende av frågan huruvida järnvägsbyrån hade rätt att lägga fram skäl till det andra angripna beslutet efter det att sökandena hade väckt talan mot detta beslut, måste nämligen den motivering som lades fram av järnvägsbyrån den 24 juli 2015 verkligen uppfylla kraven i artikel 296 andra stycket FEUF. När en talan om ogiltigförklaring väcks mot ett beslut av järnvägsbyrån ankommer det på tribunalen och inte på järnvägsbyrån att avgöra om motiveringen i nämnda beslut är tillräcklig.
- 41 Järnvägsbyrån anser att sökandenas intresse av att få saken prövad är beroende av att deras kritik är välgrundad, och därför erinrar tribunalen dessutom om att det, för att en part ska ha intresse av att få saken prövad, är nödvändigt, men också tillräckligt, att talan om ogiltigförklaring som väckts vid unionsdomstolen resulterar i en fördel för den som väckt den (dom av den 17 september 2015, Mory m.fl./kommissionen, C-33/14 P, EU:C:2015:609, punkt 76). Sökandenas intresse av att få saken prövad är således inte beroende av att deras kritik är välgrundad. Förutsatt att motiveringen av det andra beslutet i det nu aktuella fallet är bristfällig, kan denna brist leda till att nämnda beslut ogiltigförklaras. Detta kan, av de skäl som anges ovan i punkt 37, vara en fördel för sökandena.
- 42 Slutligen är järnvägsbyråns påstående att sökandena inte har bestritt skälen i skrivelsen av den 24 juli 2015 felaktigt. I repliken har sökandena nämligen uttryckligen bestritt riktigheten i motiveringen i nämnda skrivelse. Den omständigheten att detta bestridande inte gjordes före sista dagen för att väcka talan har ingen betydelse för bedömningen av sökandenas intresse av att få saken prövad, i och med att detta intresse inte ska bedömas vare sig i förhållande till utgången av nämnda frist eller i förhållande till huruvida den anförda kritiken är välgrundad.

- 43 Av samtliga ovanstående skäl underkänner tribunalen järnvägsbyråns resonemang som bygger på att sökandena saknar intresse av att få saken prövad.

#### ***Huruvida järnvägsbyråns kompletterande inläga av den 26 november 2015 kan tillåtas***

- 44 Den 26 november 2015 ingav järnvägsbyrån en inläga i vilken redogjordes för den omständigheten att järnvägsbyrån den 30 oktober 2015 antog beslutet om tilldelning av del 3 av upphandling ESP EISD 5. Järnvägsbyrån anser att denna nya omständighet visar att sökandena har fel i sitt påstående att de företag som deltog i anbudsinfordran för upphandling ESP EISD 4 i detalj kände till de erbjudna priserna i nämnda förfarande. Enligt järnvägsbyrån ska denna inläga tillåtas, eftersom den innehåller ”nya grunder” och ny bevisning. Sökandena har inte bestritt att denna inläga kan tillåtas, men däremot att de argument som framförs i inlagan är välgrundade.
- 45 Enligt artikel 84.1 och artikel 85.2 och 85.3 i rättegångsreglerna får nya grunder åberopas under rättegången endast om de föranleds av rättsliga eller faktiska omständigheter som framkommit först under rättegången och bevisning får endast ges in sent under förutsättning att godtagbara skäl till detta anges. I det nu aktuella fallet antogs beslutet om tilldelning av del 3 av upphandling ESP EISD 5 den 30 oktober 2015. Beslutet utgör en omständighet som framkommit under förfarandet. Inlagan av den 26 november 2015 och ingivandet av den aktuella bevisningen kan således tillåtas (se, analogt, dom av den 29 oktober 2015, Vanbreda Risk & Benefits/kommissionen, T-199/14, EU:T:2015:820, punkterna 58–62).

#### ***Huruvida bilaga C 4 kan tillåtas***

- 46 Järnvägsbyrån anser att bilaga C 4 till repliken, som innehåller en kopia av rapporten från Europeiska läkemedelsbyråns utvärderingskommitté om den offentliga upphandlingen som var i fråga i dom av den 15 oktober 2013, European Dynamics Belgium m.fl./EMA (T-638/11, ej publicerad, EU:T:2013:530), inte kan tillåtas med tillämpning av beslut av den 15 oktober 2009, Hangzhou Duralamp Electronics/rådet (T-459/07, EU:T:2009:403), och punkt 25 i de praktiska genomförandebestämmelserna till tribunalens rättegångsregler (EUT L 152, 2015, s. 1). Enligt järnvägsbyrån innehar sökandena denna handling, eftersom de var parter i det mål som avgjordes genom nämnda dom. De har emellertid inte lagt fram några uppgifter som styrker att de begärt och erhållit EMA:s tillåtelse att lägga fram denna rättegångshandling i det nu aktuella målet. Järnvägsbyrån har yrkat att bilaga C 4 i enlighet med artikel 130.1 i rättegångsreglerna ska dras tillbaka från handlingarna i detta mål och att tribunalen inte ska beakta sökandenas resonemang om denna bilaga i punkt 36 i repliken.
- 47 Sökandena har inte tagit ställning till huruvida bilaga C 4 kan tillåtas, i och med att järnvägsbyrån har anfört sin invändning om rättegångshinder i dupliken.
- 48 I detta avseende erinrar tribunalen om att punkt 25 i de praktiska genomförandebestämmelserna till tribunalens rättegångsregler föreskriver att en inläga jämte bilagor som getts in i ett mål och som tagits in i akten i det målet inte kan beaktas vid beredningen av ett annat mål. Denna bestämmelse reglerar därmed beredningen av ett mål vid och av tribunalen inom ramen för dess behörighet att vidta åtgärder för processledning. Sökandena har lagt fram bilaga C 4 som bevisning och inte som en handling som tribunalen begärt in för beredningen av målet. Följaktligen är det verkningslöst att åberopa punkt 25 i de praktiska genomförandebestämmelserna till rättegångsreglerna för bedömningen av huruvida bilaga C 4 kan tillåtas.
- 49 Eftersom järnvägsbyrån har åberopat beslutet av den 15 oktober 2009, Hangzhou Duralamp Electronics/rådet (T-459/07, EU:T:2009:403), till stöd för sitt argument att bilaga C 4 inte kan tillåtas, erinrar tribunalen om att principen om fri bevisprövning gäller i unionsrätten (dom av den

25 januari 2007, Dalmine/kommissionen, C-407/04 P, EU:C:2007:53, punkt 63, och dom av den 12 juni 2015, Health Food Manufacturers' Association m.fl./kommissionen, T-296/12, EU:T:2015:375, punkt 42).

- 50 Principen om fri bevisprövning innebär för tribunalen att det enda relevanta kriteriet för att värdera den bevisning som lagts fram är dess trovärdighet (dom av den 25 januari 2007, Dalmine/kommissionen, C-407/04 P, EU:C:2007:53, punkt 63, och dom av den 19 december 2013, Siemens m.fl./kommissionen, C-239/11 P, C-489/11 P och C-498/11 P, ej publicerad, EU:C:2013:866, punkt 128).
- 51 En direkt följd av principen om fri bevisprövning är principen om fri bevisföring (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 december 2005, General Electric/kommissionen, T-210/01, EU:T:2005:456, punkt 297), vilken ger parterna möjlighet att vid unionsdomstolen lägga fram alla former av bevismedel som de erhållit på laglig väg och som de anser relevanta för att underbygga deras ståndpunkter. Den fria bevisföringen bidrar till att garantera parterna rätten till ett effektivt rättsmedel enligt artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.
- 52 Principerna om fri bevisprövning och fri bevisföring ska emellertid förenas med de grundläggande principerna i unionsrätten så som rätten till en rättvis rättegång och parternas likställdhet i processen.
- 53 Den fria bevisföringen ska således förenas med rätten för var och en av parterna att försvara sina intressen oberoende av all yttre påverkan, särskilt från allmänhetens sida, och att skyddas mot att handlingarna i målet används på ett otillbörligt sätt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 juni 1998, Svenska Journalistförbundet/rådet, T-174/95, EU:T:1998:127, punkterna 135 och 136).
- 54 Tribunalen ska alltså avgöra huruvida en parts användning av en rättegångshandling från ett annat mål är otillbörlig.
- 55 Det följer av principen om fri bevisföring att en part vid tribunalen i princip har rätt att som bevisning åberopa handlingar som getts in i ett annat domstolsförfarande i vilket parten själv är part. Om nämnda part har fått tillgång till dessa handlingar på laglig väg och handlingarna inte är belagda med sekretess, utgör en god rättskipning i princip inte hinder för att de ges in vid tribunalen. Domstolen har således slagit fast att en part i en rättegång vid domstolen inte kan begära att en handling ska dras tillbaka om denna handling lagts fram av nämnda part i ett annat mål mellan samma parter (se, för ett liknande resonemang, beslut av den 15 maj 1991, Weddel/kommissionen, C-54/90, ej publicerat, punkterna 1–5).
- 56 Dessutom får det inte vara ett villkor att den part från vilken handlingen härrör först ger sitt samtycke för att en handling från ett annat mål vid tribunalen ska kunna tillåtas. Att den part från vilken handlingen härrör ger sitt samtycke kan visserligen vara relevant för att avgöra om dess användning är tillbörlig, men att kräva att detta samtycke ska ges innan handlingen ges in vid tribunalen vid äventyr av att den annars inte kan tillåtas ger den part från vilken handlingen härrör en rätt att undanta handlingen som fråntar tribunalen möjligheten att uttala sig om huruvida dess användning är tillbörlig och, följaktligen, uppfylla sin skyldighet att ge varje part en rimlig möjlighet att lägga fram sin sak, och sin bevisning, på villkor som inte ger denna part väsentliga nackdelar gentemot motparten, vilken ligger till grund för principen om parternas likställdhet i processen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 november 2012, Otis m.fl., C-199/11, EU:C:2012:684, punkt 71). Det ankommer således på tribunalen att varje gång göra en avvägning mellan den fria bevisföringen och skyddet mot otillbörlig användning av parternas rättegångshandlingar.
- 57 I det nu aktuella fallet innehåller bilaga C 4, som getts in av sökandena, en kopia av en rapport från Europeiska läkemedelsmyndighetens utvärderingskommitté som antogs i samband med en upphandling med referensen EMA-2011-05-DV. I kopian har namnen på vissa underentreprenörer och på utvärderingskommitténs medlemmar tagits bort.



- 58 Sökandena fick ta del av den aktuella utvärderingskommitténs rapport, eftersom de hade lämnat in ett anbud i den offentliga upphandlingen EMA-2011-05-DV. Till följd av läkemedelsmyndighetens beslut att tilldela en annan anbudsgivare detta kontrakt och att förkasta sökandenas anbud, väckte de talan vid tribunalen i det mål som avgjordes genom dom av den 15 oktober 2013, European Dynamics Belgium m.fl./EMA (T-638/11, ej publicerad, EU:T:2013:530).
- 59 Det följer av domen av den 15 oktober 2013, European Dynamics Belgium m.fl./EMA (T-638/11, ej publicerad, EU:T:2013:530) att den aktuella utvärderingskommitténs rapport utgjorde en rättegångshandling som togs in i akten i detta mål. Tribunalen hänvisade till rapporten i bland annat punkterna 31, 34 och 37 i nämnda dom.
- 60 I dom av den 15 oktober 2013, European Dynamics Belgium m.fl./EMA (T-638/11, ej publicerad, EU:T:2013:530), angav tribunalen för övrigt att rapporten från den aktuella utvärderingskommittén hade översänts till sökandena av läkemedelsmyndigheten innan de väckte talan mot läkemedelsmyndighetens beslut att tilldela en annan anbudsgivare kontraktet och förkasta deras anbud. Så som följer av punkt 11 i nämnda dom översände nämligen läkemedelsmyndigheten, genom skrivelse av den 20 oktober 2011, en kopia av nämnda rapport till sökandena. I kopian hade namnen på utvärderingskommitténs medlemmar och namnen på de tre anbudsgivare vars anbud hade valts ut tagits bort. Rapporten var en del av motiveringen av läkemedelsmyndighetens beslut att tilldela en annan anbudsgivare än sökandena kontraktet. Sökandena kunde utifrån denna rapport bedöma om det fanns anledning att angripa läkemedelsmyndighetens tilldelningsbeslut vid domstol, vilket de gjorde den 12 december 2011 genom att väcka talan vid tribunalen.
- 61 Således innehar sökandena den aktuella utvärderingskommitténs rapport på grund av att de lämnade in ett anbud till följd av en anbudsinfordran avseende en offentlig upphandling som genomfördes av läkemedelsmyndigheten och att de, i egenskap av bortvalda anbudsgivare, efterfrågade skälen till att deras anbud förkastats. Sökandena har följaktligen erhållit denna rapport på laglig väg.
- 62 Den omständigheten att rapporten från den aktuella utvärderingskommittén sedan utgjorde en rättegångshandling i det mål som avgjordes genom dom av den 15 oktober 2013, European Dynamics Belgium m.fl./EMA (T-638/11, ej publicerad, EU:T:2013:530), och att sökandena inte inhämtat läkemedelsmyndighetens samtycke till att använda rapporten i det nu aktuella målet, ger inte stöd för att kvalificera dess användning som otillbörlig. Utöver den omständigheten att sökandena erhållit rapporten på laglig väg, konstaterar tribunalen nämligen att uppgifterna och läkemedelsmyndighetens bedömningar i nämnda rapport inte kan betraktas som konfidentiella med avseende på järnvägsbyrån. Läkemedelsmyndigheten hade för övrigt inga skäl att motsätta sig att järnvägsmyndigheten får ta del av rapporten inom ramen för det nu aktuella förfarandet, mot bakgrund av innehållet i denna handling och sökandenas fria bevisföring. Läkemedelsmyndigheten behövde följaktligen inte ge sitt samtycke till att denna handling används i det nu aktuella målet. Det skulle således strida mot en god rättskipning att inte tillåta att bilaga C 4 åberopas, eftersom det på ett oskäligt sätt skulle begränsa sökandenas fria bevisföring.
- 63 Bilaga C 4 kan av ovanstående skäl tillåtas.

***Huruvida sökandenas argument i deras svar angående muntlig förhandling kan tas upp till prövning***

- 64 Genom skrivelse av den 7 juni 2016 har sökandena angett att de inte begärde någon muntlig förhandling, men att de var beredda att delta om tribunalen beslutade att genomföra en förhandling. De motiverade sitt val att inte begära förhandling genom att uppmärksamma tribunalen på vissa punkter i dupliken.

- 65 Järnvägsbyrån angav i skrivelse av den 7 juni 2016 att den rättade sig efter tribunalens beslut om en eventuell förhandling. För övrigt ansåg järnvägsbyrån, i en skrivelse av den 28 juni 2016, att sökandena hade lagt fram nya grunder i yttrandet av den 7 juni 2016 om en förhandling. Järnvägsbyrån begärde i första hand att nämnda skrivelse skulle sändas tillbaka till sökandena och angav att den var oacceptabel och att tribunalen inte skulle beakta grunderna i skrivelsen. I andra hand begärde järnvägsbyrån att få besvara dessa grunder, antingen skriftligen eller vid förhandlingen i fall tribunalen beslutade att genomföra en förhandling.
- 66 Tribunalen påpekar att de argument som sökandena anfört i skrivelsen av den 7 juni 2016 utgör skälen till att de inte begärt någon förhandling. Dessa skäl innehåller inga nya argument i förhållande till de argument som redan anförts av sökandena i ansökan och repliken. Järnvägsbyrån har inte klargjort tillräckligt på vilken grund den anfört att sökandena har lagt fram självständiga grunder som svar på dess argument i dupliken.
- 67 Följaktligen saknas anledning att bifalla järnvägsbyråns begäran att tribunalen ska fastställa att sökandenas skrivelse av den 7 juni 2016 inte kan tillåtas eller att järnvägsbyrån ska beredas möjlighet att besvara den. I och med att sökandenas argument i skrivelsen av den 7 juni 2016 endast utgör skälen till att de inte begärt någon förhandling, kommer tribunalen dessutom inte att beakta dessa skäl vid bedömningen av den enda grund som anförts av sökandena avseende järnvägsbyråns åsidosättande av sin motiveringsskyldighet.

### *Prövning i sak*

#### *Inledning*

- 68 Sökandena har anfört en enda grund till stöd för sin talan, avseende järnvägsbyråns åsidosättande av sin motiveringsskyldighet. De anser att de angripna besluten, tillsammans med utvärderingskommitténs redogörelse, är bristfälligt motiverade i den del som rör frågan huruvida de valda anbuden för var och en av delarna var "överdrivet låga".
- 69 Till stöd för den enda grunden har sökandena anfört att upphandlingarna ESP EISD 4 och ESP EISD 5 hade samma föremål och en liknande beskrivning av de olika delarna och att anbudsgivarna inom ramen för anbudsinfordran avseende upphandling ESP EISD 5 i detalj kände till vilka priser sökandena hade erbjudit inom ramen för anbudsinfordran avseende upphandling ESP EISD 4. Anbudsgivarna kunde förstå vilka priser deras konkurrenter hade använt genom en omvänd tillämpning av den matematiska formel för den ekonomiska bedömningen av anbuden som föreskrevs i anbudsinfordran för upphandling ESP EISD 4 och en rad rimliga antaganden utifrån iakttagelser på marknaden. De anbudsgivare vars anbud valdes ut för delarna 1 och 2 i upphandling ESP EISD 5 hade sänkt sina priser på ett onormalt sätt i förhållande till de priser de erbjöd i motsvarande profiler i anbudsinfordran avseende upphandling ESP EISD 4. Dessa anbudsgivare gjorde detta för att väga upp den bristande kvaliteten på deras anbud i tekniskt avseende så att deras anbud skulle rangordnas högre för nämnda delar. Sökandena har i detta avseende åberopat vissa anbud från de aktuella anbudsgivarna. Enligt sökandena borde järnvägsbyrån således ha motiverat varför de valda anbuden inte var onormalt låga. I en sådan motivering borde järnvägsbyrån ha redogjort för det resonemang som ledde fram till att den fann att ett sådant anbud, huvudsakligen utifrån dess ekonomiska aspekter, i synnerhet uppfyllde kraven i lagstiftningen i det land där tjänsterna skulle utföras, i fråga om personalens ersättning, socialförsäkringsavgifter och iakttagande av säkerhets- och arbetarskyddsföreskrifter, och att järnvägsbyrån kontrollerat att priset i anbudet omfattade alla kostnader för de tekniska aspekterna av det valda anbudet. Frågan om onormalt låga anbud berördes emellertid inte i någon handling som järnvägsbyrån lade fram. Järnvägsbyrån åsidosatte följaktligen enligt sökandena sin motiveringsskyldighet och de angripna besluten bör ogiltigförklaras.

- 70 Järnvägsbyrån har bestritt att motiveringsskyldigheten har åsidosatts. Den anser att de uppgifter som sökandena fick ta del av uppfyllde de krav som ställs i rättspraxis i fråga om motiveringsskyldighet. Sökandena har inte styrkt av vilket skäl det var nödvändigt, i det nu aktuella fallet, att motiveringen av de angripna besluten omfattade en granskning av onormalt låga anbud och inte heller av vilket skäl de utvalda anbudsgivarnas ekonomiska anbud verkade vara onormalt låga.
- 71 Mot bakgrund av dessa argument vill tribunalen först erinra om räckvidden av den motiveringsskyldighet som åligger järnvägsbyrån i egenskap av upphandlande myndighet. Tribunalen ska sedan förtydliga räckvidden av bestämmelserna om onormalt låga anbud och slutligen kontrollera om järnvägsbyrån iakttog sin motiveringsskyldighet i det nu aktuella fallet.

### ***Räckvidden av järnvägsbyråns motiveringsskyldighet i egenskap av upphandlande myndighet***

- 72 Enligt artikel 41.2 c i stadgan om de grundläggande rättigheterna är en förvaltning skyldig att motivera sina beslut. Denna motiveringsskyldighet innebär, enligt fast rättspraxis, att den myndighet som har antagit en rättsakt i enlighet med artikel 296 andra stycket FEUF ska se till att det klart och tydligt framgår hur myndigheten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och göra sina rättigheter gällande och så att domstolarna ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt (dom av den 25 februari 2003, Strabag Benelux/rådet, T-183/00, EU:T:2003:36, punkt 55, dom av den 24 april 2013, Evropaiki Dynamiki/kommissionen, T-32/08, ej publicerad, EU:T:2013:213, punkt 37, och dom av den 28 juni 2016, AF Steelcase/EUIPO, T-652/14, ej publicerad, EU:T:2016:370, punkt 43).
- 73 Motiveringsskyldigheten definieras således genom sin funktion, det vill säga att göra det möjligt för de berörda att göra sina rättigheter gällande och för domstolarna att utöva sin kontroll. Motiveringsskyldigheten bidrar till att garantera ett effektivt domstolsskydd (se dom av den 20 september 2011, Evropaiki Dynamiki/EIB, T-461/08, EU:T:2011:494, punkt 122 och där angiven rättspraxis).
- 74 Detta innebär att frågan huruvida motiveringsskyldigheten har iakttagits i princip ska bedömas utifrån den information som sökandena erhållit senast vid tiden för talans väckande (se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 februari 2003, Renco/rådet, T-4/01, EU:T:2003:37, punkt 96, dom av den 19 april 2012, Evropaiki Dynamiki/kommissionen, T-49/09, ej publicerad, EU:T:2012:186, punkt 36, dom av den 21 februari 2013, Evropaiki Dynamiki/kommissionen, T-9/10, ej publicerad, EU:T:2013:88, punkterna 27 och 28, och dom av den 23 maj 2014, European Dynamics Luxembourg/ECB, T-553/11, ej publicerad, EU:T:2014:275, punkt 167 och där angiven rättspraxis). Motiveringen får inte anges för första gången i efterhand inför rätten. Rätten kan endast i yttersta undantagsfall beakta omständigheter som lagts fram under rättegången (se, för ett liknande resonemang, dom av den 20 maj 2009, VIP Car Solutions/parlamentet, T-89/07, EU:T:2009:163, punkt 76 och där angiven rättspraxis).
- 75 Tribunalen erinrar för övrigt om att kravet på motivering ska bedömas utifrån omständigheterna i det aktuella fallet, i synnerhet innehållet i rättsakten, arten av de anförda skälen och det intresse som de som rättsakten riktar sig till och andra personer som direkt och personligen berörs av rättsakten kan ha av att få förklaringar. Det är inte nödvändigt att motiveringen specificerar alla relevanta faktiska och rättsliga omständigheter, i den mån frågan huruvida motiveringen i en rättsakt uppfyller kraven i artikel 296 andra stycket FEUF inte endast ska bedömas mot bakgrund av dess lydelse, utan även mot bakgrund av dess sammanhang och samtliga rättsregler som reglerar den berörda frågan (se dom av den 23 maj 2014, European Dynamics Luxembourg/ECB, T-553/11, ej publicerad, EU:T:2014:275, punkt 153 och där angiven rättspraxis).

- 76 Den upphandlande myndighetens motiveringsskyldighet anges närmare i bestämmelserna om Europeiska unionens offentliga upphandlingar i bland annat Europaparlamentets och rådets förordning (EU, Euratom) nr 966/2012 av den 25 oktober 2012 om finansiella regler för unionens allmänna budget (EUT L 298, 2012, s. 1), i den version som är tillämplig i det nu aktuella fallet (nedan kallad budgetförordningen), och kommissionens delegerade förordning (EU) nr 1268/2012 av den 29 oktober 2012 om tillämpningsföreskrifter för budgetförordningen (EUT L 362, 2012, s. 1), i den version som är tillämplig i det nu aktuella fallet (nedan kallad tillämpningsförordningen), vilka gäller för järnvägsbyrån (se artiklarna 22 och 40 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 881/2004 av den 29 april 2004 om inrättande av en europeisk järnvägsbyrå (EUT L 164, 2004, s. 1), jämförda med artikel 85 i kommissionens delegerade förordning (EU) nr 1271/2013 av den 30 september 2013 med rambudgetförordning för de organ som avses i artikel 208 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU, Euratom) nr 966/2012 (EUT L 328, 2013, s. 42), vilka är tillämpliga i det nu aktuella fallet).
- 77 Således föreskrivs i artikel 113.2 i budgetförordningen att den upphandlande myndigheten ska informera alla anbudsgivare vars anbud förkastats om orsaken till detta och att alla anbudsgivare som lämnat anbud som inte fallit för uteslutningskriterierna och som uppfyller urvalskriterierna ska, om de skriftligen begär detta, informeras om vilka relativa kvaliteter och fördelar som kännetecknar det anbud som slutligen valts, samt namnet på den som lämnat det anbudet. Enligt artikel 161.2 i tillämpningsförordningen ska den upphandlande myndigheten för övrigt meddela den sistnämnda informationen inom 15 kalenderdagar från och med att en skriftlig begäran mottagits. I artikel 161.3 i den sistnämnda förordningen upprepas i synnerhet att ej utvalda anbudsgivare efter en skriftlig begäran kan få ytterligare upplysningar om motivet till att deras anbud inte valts ut, de relativa fördelarna med det anbud som valts ut samt namnet på den som lämnat detta anbud.
- 78 En anbudsgivare som inte valts ut ska alltså, enligt artikel 113.2 i budgetförordningen och artikel 161.2 i tillämpningsförordningen, få ta del av en motivering i två steg. Den upphandlande myndigheten ska först meddela alla anbudsgivare som inte valts ut att deras anbud har förkastats och skälen till detta. Dessa skäl kan vara kortfattade med hänsyn till den möjlighet som föreskrivs i samma bestämmelse för en anbudsgivare som inte valts ut att begära en mer detaljerad motivering. Därefter ska den upphandlande myndigheten, enligt samma bestämmelser, om en ej utvald anbudsgivare som lämnat anbud som inte fallit för uteslutningskriterierna och som uppfyller urvalskriterierna skriftligen begär detta, så snart som möjligt och i varje fall inom 15 kalenderdagar från och med att denna skriftliga begäran mottagits, meddela vilka relativa kvaliteter och fördelar som kännetecknar det anbud som slutligen valts, samt namnet på den som lämnat det anbudet.
- 79 Tribunalen har funnit att detta sätt att meddela skälen i två steg överensstämmer med syftet med motiveringsskyldigheten som dels innebär att de som berörs av rättsakten ska få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden så att de kan göra sina rättigheter gällande, dels att domstolarna ska kunna utöva sin kontroll (se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 februari 2003, Renco/rådet, T-4/01, EU:T:2003:37, punkt 93, dom av den 15 oktober 2013, European Dynamics Belgium m.fl./EMA, T-638/11, ej publicerad, EU:T:2013:530, punkt 24, och dom av den 17 september 2015, Ricoh Belgium/rådet, T-691/13, ej publicerad, EU:T:2015:641, punkt 38).
- 80 Tribunalen erinrar slutligen om att motiveringsskyldigheten enligt artikel 296 FEUF utgör en väsentlig formföreskrift som ska särskiljas från frågan om motiveringen är välgrundad, vilken ska hänföras till frågan om den omtvistade rättsakten är lagenlig i materiellt hänseende (dom av den 23 maj 2014, European Dynamics Luxembourg/ECB, T-553/11, ej publicerad, EU:T:2014:275, punkt 154, och dom av den 28 juni 2016, AF Steelcase/EUIPO, T-652/14, ej publicerad, EU:T:2016:370, punkt 47).
- 81 Eftersom skyldigheten att motivera en rättsakt beror på det faktiska och rättsliga sammanhang i vilket rättsakten antogs, bör hänsyn tas till de omständigheter som följer av de bestämmelser som är tillämpliga i det aktuella fallet avseende onormalt låga anbud.

### ***Räckvidden av bestämmelserna om onormalt låga anbud***

82 I artikel 151.1 i tillämpningsförordningen föreskrivs följande:

”1. Om det i en viss upphandling förekommer anbud som verkar vara onormalt låga, ska den upphandlande myndigheten, innan den förkastar dessa anbud av endast detta skäl, skriftligen begära sådana förtydliganden om anbudens sammansättning som den anser sig behöva, och sedan parterna fått lämna sina synpunkter granska anbudets innehåll mot bakgrund av dessa förtydliganden. Förtydligandena kan bland annat gälla överensstämmelsen med de bestämmelser om arbetarskydd och arbetsförhållanden som är i kraft på den ort där tillhandahållandet ska ske.

Den upphandlande myndigheten får särskilt beakta förtydliganden som gäller

- a) besparingar avseende tillverknings sättet för varorna, sättet att tillhandahålla tjänsterna eller byggmetoderna,
- b) tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden som anbudsgivaren kan räkna med samt
- c) originaliteten i anbudsgivarens erbjudande.

2. En upphandlande myndighet som konstaterar att ett anbud är onormalt lågt på grund av att anbudsgivaren har fått statligt stöd får endast förkasta anbudet av detta skäl om anbudsgivaren är oförmögen att inom en rimlig svarstid bevisa att stödet anmälts till kommissionen och godkänts definitivt och i enlighet med de förfaranden och beslut som anges i unionens regler om statligt stöd.”

83 Begreppet ”onormalt låga anbud” definieras inte vare sig i budgetförordningen eller i tillämpningsförordningen. Det har emellertid slagits fast att frågan huruvida ett anbud är onormalt lågt ska bedömas mot bakgrund av anbudets sammansättning och i förhållande till den aktuella prestationen (dom av den 28 januari 2016, Agriconsulting Europe/kommissionen, T-570/13, EU:T:2016:40, punkt 55).

84 Enligt artikel 158.4 i tillämpningsförordningen ska utvärderingskommittén för det fall att ett anbud är onormalt lågt begära lämpliga klagoranden om anbudets sammansättning.

85 Beträffande den sistnämnda bestämmelsen har tribunalen slagit fast att en upphandlande myndighets skyldighet att kontrollera huruvida ett anbud är seriöst uppkommer först då det föreligger tvivel avseende anbudets tillförlitlighet, mot bakgrund bland annat av att denna artikel huvudsakligen syftar till att förhindra att en anbudsgivare utesluts från förfarandet utan att ha haft möjlighet att förtydliga innehållet i sitt anbud, när detta verkar vara onormalt lågt. Således är det först när sådana tvivel föreligger som utvärderingskommittén är skyldig att begära lämpliga klagoranden om anbudets sammansättning, innan det, i förekommande fall, förkastas. Om ett anbud däremot inte verkar vara onormalt lågt enligt artikel 158.4 i tillämpningsförordningen är nämnda artikel inte tillämplig (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 juli 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium/kommissionen, T-148/04, EU:T:2005:274, punkterna 49 och 50, dom av den 11 maj 2010, PC-Ware Information Technologies/kommissionen, T-121/08, EU:T:2010:183, punkt 72, dom av den 5 november 2014, Computer Resources International (Luxembourg)/kommissionen, T-422/11, EU:T:2014:927, punkt 57, och dom av den 15 september 2016, European Dynamics Luxembourg och Evropaiki Dynamiki/kommissionen, T-698/14, ej publicerad, EU:T:2016:476, punkt 59).

86 Sådana tvivel kan i synnerhet föreligga om det förefaller osäkert dels om ett anbud stämmer överens med lagstiftningen i det land där tjänsterna ska utföras i fråga om ersättning till personal, socialförsäkringsavgifter, iakttagande av säkerhets- och arbetarskydds föreskrifter och icke

kostnadstäckande försäljning, dels om det erbjudna priset inbegriper alla kostnader för de tekniska aspekterna av anbudet (dom av den 8 oktober 2015, Secolux/kommissionen, T-90/14, ej publicerad, EU:T:2015:772, punkt 62).

- 87 Det följer av vad som anförs ovan att den upphandlande myndighetens bedömning av huruvida det föreligger onormalt låga anbud ska göras i två steg.
- 88 Först ska den upphandlande myndigheten bedöma huruvida anbud som getts in "verkar vara" onormalt låga (se artikel 151.1 i tillämpningsförordningen). Användningen av verbet "verkar" i tillämpningsförordningen betyder att den upphandlande myndigheten ska företa en prima facie-bedömning av huruvida ett anbud är onormalt lågt. Tillämpningsförordningen innebär därmed inget krav på att den upphandlande myndigheten på eget initiativ ska göra en detaljerad bedömning av sammansättningen av varje anbud för att fastställa att det inte utgör ett onormalt lågt anbud. Således ska den upphandlande myndigheten till att börja med endast fastställa huruvida de inlämnade anbuden innehåller något som föranleder misstankar om att de skulle kunna vara onormalt låga. Så är i synnerhet fallet när priset i ett anbud är avsevärt lägre än priserna i de övriga anbud som lämnats in eller det normala marknadspriset. Om de inlämnade anbuden inte innehåller något som tyder på detta och således inte verkar vara onormalt låga, får den upphandlande myndigheten gå vidare med bedömningen av detta anbud och med upphandlingsförfarandet.
- 89 Om det däremot finns något som ger skäl att misstänka att ett anbud kan vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten därefter kontrollera anbudets sammansättning för att försäkra sig om att det inte är onormalt lågt. När den upphandlande myndigheten kontrollerar detta är den skyldig att ge den anbudsgivare som lämnat in nämnda anbud möjlighet att redogöra för skälen till att anbudet enligt anbudsgivaren inte är onormalt lågt. Den upphandlande myndigheten ska därefter bedöma de förklaringar som lagts fram och fastställa om det aktuella anbudet är onormalt lågt, i vilket fall myndigheten är skyldig att förkasta det.
- 90 I och med att kravet på motivering i synnerhet ska bedömas mot bakgrund av de tillämpliga rättsreglerna (se ovan punkt 75), påverkar förekomsten av denna prövning i två steg räckvidden av den upphandlande myndighetens motiveringsskyldighet.

### ***Bedömning av järnvägsbyråns iakttagande av motiveringsskyldigheten i det nu aktuella fallet***

- 91 Tribunalen har redan haft tillfälle att uttala sig om en upphandlande myndighets motiveringsskyldighet när den, vid utvärderingen av anbuden, misstänker att ett anbud som lämnats in är onormalt lågt men efter att ha hört anbudsgivaren i fråga och efter en fördjupad bedömning finner att anbudet inte var onormalt lågt (dom av den 15 oktober 2013, European Dynamics Belgium m.fl./EMA, T-638/11, ej publicerad, EU:T:2013:530, punkterna 64 och 65) eller att det var onormalt lågt (dom av den 5 november 2014, Computer Resources International (Luxembourg)/kommissionen, T-422/11, EU:T:2014:927, punkterna 39 och 40). Tribunalen har i synnerhet funnit att en upphandlande myndighet – för att anses ha tillhandahållit en tillräcklig motivering av dess slutsats att det valda anbudet inte var onormalt lågt – ska redogöra för det resonemang som ledde fram till slutsatsen att ett sådant anbud, huvudsakligen utifrån dess ekonomiska aspekter, i synnerhet uppfyllde kraven i lagstiftningen i det land där tjänsterna skulle utföras, i fråga om personalens ersättning, socialförsäkringsavgifter och iakttagande av säkerhets- och arbetarskyddsföreskrifter, och att den kontrollerat att priset i anbudet omfattade alla kostnader för de tekniska aspekterna av det valda anbudet (dom av den 15 oktober 2013, European Dynamics Belgium m.fl./EMA, T-638/11, ej publicerad, EU:T:2013:530, punkt 68).
- 92 Räckvidden av den upphandlande myndighetens motiveringsskyldighet när den anser att det valda anbudet inte verkar vara onormalt lågt är begränsad, vilket följer av de bestämmelser om onormalt låga anbud som anges ovan i punkt 82 och, i synnerhet, av den omständigheten att den upphandlande

myndigheten till att börja med endast ska göra en prima facie-bedömning av huruvida ett anbud är onormalt lågt. Att tvinga den upphandlande myndigheten att i detalj redogöra för skälet till att den inte anser att ett anbud är onormalt lågt vore nämligen att bortse från distinktionen mellan de två stegen i den bedömning som föreskrivs i artikel 151 i tillämpningsförordningen.

- 93 När en upphandlande myndighet väljer ett anbud är den i synnerhet inte skyldig att uttryckligen ange varför den inte anser att det valda anbudet verkar vara onormalt lågt varje gång en begäran om motivering ges in i enlighet med artikel 113.2 i budgetförordningen. Om den upphandlande myndigheten väljer nämnda anbud innebär det indirekt men nödvändigtvis att den upphandlande myndigheten funnit att det inte fanns några tecken på att nämnda anbud var onormalt lågt. Sådana skäl ska däremot läggas fram för den anbudsgivare som inte valts ut och som uttryckligen begärt upplysningar därom.
- 94 I det nu aktuella fallet påpekar tribunalen att sökandena i begäran av den 11 maj 2015 avseende tilldelningen av del 1 och i begäran av den 2 juli 2015 avseende tilldelningen av del 2 enligt artikel 113.2 i budgetförordningen inte uttryckligen begärde att den upphandlande myndigheten skulle lägga fram skälen till att det anbud som rangordnats högst för del 1 och de valda anbuden för del 2 inte verkade vara onormalt låga.
- 95 Vad beträffar det första angripna beslutet följer det emellertid av den kompletterande motiveringen av den 20 maj 2015 att järnvägsbyrån hade meddelat sökandena antalet poäng som tilldelats det anbud som rangordnades högst för del 1 (38,78 poäng) och sökandenas anbud för samma del (35,46 poäng) vid den ekonomiska bedömningen av anbuden. Sökandena hade även fått veta att priset i det anbud som rangordnades högst för del 1 var 867 000 euro medan det pris som sökandena angett i deras anbud för samma del var 948 100 euro.
- 96 Vad beträffar det andra angripna beslutet framgår det av den kompletterande motiveringen av den 7 juli 2015 att sökandena, i den del som avsåg den ekonomiska bedömningen av anbuden, hade underrättats om antalet poäng som tilldelats deras anbud för del 2 samt de poäng som tilldelats de valda anbuden, det vill säga det anbud som rangordnades högst, 39,04 poäng, det anbud som hamnade på andra plats, 40 poäng, och det anbud som hamnade på tredje plats, 32,53 poäng. I specifikationerna angavs dessutom att poängsättningen för nämnda del, inom ramen för den ekonomiska bedömningen av anbuden, baserades på formeln "lägsta pris/erbjudet pris i anbudsgivarens anbud \* 40". Utifrån dessa upplysningar kunde sökandena beräkna det föreslagna priset i det anbud som rangordnades högst och sedan priserna i de andra utvalda anbuden.
- 97 Således var sökandena innan de väckte talan medvetna om att järnvägsbyrån ansåg att de valda anbuden inte verkade vara onormalt låga, eftersom nämnda anbud hade valts ut. Sökandena hade dessutom, på grundval av uppgifterna i de kompletterande motiveringarna av den 20 maj och den 7 juli 2015, redan kännedom om det sammanhang i vilket de angripna besluten antagits, vilket innebar att de hade möjlighet att bestrida att besluten var välgrundade i detta avseende.
- 98 Den sistnämnda bedömningen bekräftas av innehållet i sökandenas skrivelse av den 8 juli 2015. Där angavs nämligen följande:

"De anbudsgivare vars anbud valts ut för delarna 1 och 2 har helt enkelt sänkt sina priser på ett oriktigt sätt för att vinna konkurrensfördelar. Vi vet fortfarande inte hur [järnvägsbyrån] kunde godta sådana konstlat låga priser och vi beklagar att [järnvägsbyrån] beslutat att göra detta utan vidare utredning eller förklaring. Intrasoft Internationals priser för del 1 av upphandling ESP EISD 4 var 15,78 procent högre än våra priser. Däremot är Intrasoft Internationals priser för del 2 av upphandling ESP EISD 5 nu 32,81 procent lägre än våra och för del 1 i upphandling ESP EISD 5 5,88 procent lägre än våra ... Ingegneria Informatica SPA:s priser för del 1 av upphandling ESP EISD 4 var dessutom 23,73 procent högre än våra priser. Konsortiet Nextera1 har däremot i anbudet för del 1 av upphandling ESP EISD 5

erbjudit priser som är 8,56 procent lägre än våra priser och dessutom är de priser som erbjudits av konsortiet Nextera2, som leds av Ingegneria Informatica SPA, ... för del 2 av upphandling ESP EISD 5 19,37 procent lägre än våra priser.”

99 Detta bekräftas även av punkterna 20–22 i ansökan. Där har sökandena angett följande:

”Sökandena framförde följande synpunkter på upphandling ESP EISD 5 när de mottagit de angripna besluten och de kompletterande handlingarna:

- a) Beträffande del 1 påpekade sökandena att konsortiet [Nexteria1], i vilket medverkade bolaget Engineering Ingegneria informatica SPA, erhöll 38,78 poäng [vid] den ekonomiska bedömningen av deras anbud medan [sökandenas anbud] erhöll 35,46 poäng ... Följaktligen var anbudet från konsortiet [Nexteria1] 8,56 procent billigare än sökandenas anbud (medan konsortiet Encryptas anbud, i vilket bolaget Engineering Ingegneria Informatica SPA också ingick, för del 1 av upphandling ESP EISD 4 var 23,73 procent dyrare). Följaktligen var anbudet från det konsortium i vilket nämnda bolag deltog onormalt lågt inom ramen för upphandling ESP EISD 5.
- b) Beträffande del 2 påpekade sökandena att Intrasoft International SA hade erhållit 39,04 poäng [vid] bedömningen av dess ekonomiska anbud medan sökandena [hade] erhållit 26,23 poäng ... Följaktligen var Intrasoft International SA:s ekonomiska anbud denna gång 32,81 procent lägre än sökandenas anbud (medan det anbud som ingetts av samma bolag för del 2 av upphandling ESP EISD 4 var knappt 3,45 procent lägre). Även där var Intrasoft Internationals anbud inom ramen för upphandling ESP EISD 5 onormalt lågt.

... Med vetskap om att sökandenas ekonomiska anbud redan var lågt (men på en normal nivå) kan denna stora skillnad vid den ekonomiska bedömningen av anbuderna, som gjordes för första gången i upphandling ESP EISD 5, endast förklaras med att de utvalda konsortierna erbjudit onormalt låga priser. Denna slutsats bekräftas även av den omständigheten att sökandenas ekonomiska anbud inom ramen för upphandling ESP EISD 4, vilken avsåg samma tjänster och hade en liknande beskrivning av de olika delarna, (och då rangordnades högst [för] var och en av de tre delarna) i ekonomiskt avseende antingen var billigare än alla de andra (del 1), eller något dyrare (delarna 2 och 3). Följaktligen kan storleken på dessa anbud utgöra ett säkert och tydligt kriterium för priser som iakttagits på marknaden och för den normala prisnivå som borde erbjudas inom ramen för [upphandling] ESP EISD 5. Inom ramen för den omtvistade upphandlingen erbjöd fyra konsortier (Nextera1, On Track, Intrasoft/Charles Oakes och Atos integration) lägre priser för del 1 (Atos Integration erbjöd till och med 11,35 procent lägre priser) ... För del 2 var de [valda anbuderna] än mer onormalt lägre än sökandenas anbud (anbudet från Atos Belgium SA var 34,42 procent lägre, anbudet från Intrasoft International SA 32,81 procent lägre och anbudet från Nextera2 19,36 procent lägre) ...

Vad som anförs ovan visar att de ekonomiska anbuderna från de utvalda konsortierna för de två delarna av den omtvistade upphandlingen hade de egenskaper som kännetecknar ett anbud ... som är onormalt lågt i förhållande till de rådande priserna på marknaden ...”

100 Dessa uppgifter visar att sökandena utifrån de uppgifter som de tagit del av då de väckte talan kunde bestrida att järnvägsbyråns bedömning, att de valda anbuderna inte innehöll några tecken på att de var onormalt låga och således inte verkade vara onormalt låga, var välgrundad.

101 Tribunalen påpekar dessutom att det nu aktuella fallet utgör ett sådant undantagsfall som avses i den rättspraxis som anges ovan i punkt 74, vilket innebär att tribunalen kan beakta den specifika motivering som järnvägsbyrån lagt fram under rättegången.

102 Tribunalen påpekar nämligen att sökandena först den 8 juli 2015 inkom med en specifik begäran att järnvägsbyrån, för de två delarna, skulle motivera de onormalt låga priserna i de valda anbuderna (se ovan punkt 15). Den 17 juli 2015 väckte emellertid sökandena den nu aktuella talan, utan att invänta



järnvägsbyråns svar och utan att ge den tillräckligt med tid för att svara trots att fristen för att väcka talan inte förhindrade detta. I talan åberopade sökandena enbart en bristfällig motivering av de angripna besluten till följd av i synnerhet den omständigheten att de inte fått svar på sin begäran av den 8 juli 2015 (se ovan punkt 16). Järnvägsbyrån förklarade varför den inte ansåg att de valda anbuderna verkade vara onormalt låga i en skrivelse av den 24 juli 2015, efter en tid som med hänsyn till omständigheterna i det nu aktuella fallet får betraktas som skälig. Samtliga dessa omständigheter får därmed anses utgöra ett sådant undantagsfall som avses i den rättspraxis som anges ovan i punkt 74. Således ska tribunalen beakta skrivelsen av den 24 juli 2015 för att bedöma huruvida järnvägsbyrån iakttagit sin motiveringsskyldighet vad beträffar skälen till att den inte ansåg att de valda anbuderna verkade vara onormalt låga.

103 I skrivelsen av den 24 juli 2015 angav järnvägsbyrån i synnerhet följande:

”Vad beträffar påståendet att ’de anbudsgivare vars anbud valts ut för delarna 1 och 2 helt enkelt sänkt sina priser på ett oriktigt sätt för att vinna konkurrensfördelar’, vill vi underrätta er om följande:

- För del 1 ligger de utvalda anbudsgivarnas priser på samma prisnivå. Vid en jämförelse mellan lägsta dagspris och det högsta priset i de utvalda anbudsgivarnas ekonomiska anbud, ligger European Dynamics högkostnadsprofil lägst. Nexteral har den högsta budgetprofilen.
- För del 2 har sex av de tolv anbudsgivare som godkändes i tilldelningsfasen lämnat in ett lägre ekonomiskt anbud än European Dynamics. Tre av de sex företag som hade det lägsta ekonomiska anbudet tilldelades kontraktet. De ekonomiska anbuderna från de två första utvalda anbudsgivarna låg mycket nära varandra.

Utifrån dessa omständigheter har vi avgörande bevis för att de ekonomiska anbuderna inte var onormalt låga.”

104 Sådana uppgifter, det vill säga att priser som erbjudits av flera olika anbudsgivare för var och en av delarna låg relativt nära varandra, förklarar varför den upphandlande myndigheten i det nu aktuella fallet inte ansåg att de valda anbuderna vid första påseendet verkade vara onormalt låga. Tribunalen konstaterar dessutom att sökandena kunde bestrida att denna motivering var tillräcklig i repliken och att de för övrigt utnyttjat denna möjlighet.

105 Samtliga uppgifter som sökandena således fått ta del av uppfyller följaktligen de krav som ställdes på järnvägsbyrån i frågan, enligt vad som klargörs ovan i punkterna 100 och 101. Följaktligen har sökandena fel i sitt påstående att motiveringsskyldigheten åsidosattes i det nu aktuella fallet.

106 Den omständigheten att sökandena i den nu aktuella talan har underlåtit att anföra en grund som bestrider huruvida järnvägsbyråns bedömning var välgrundad visar inte att de inte var i stånd att förstå skälen bakom denna bedömning. När en grund anförs avseende en bristfällig motivering erinrar tribunalen dessutom om att eventuella bestridanden av att denna motivering är välgrundad inte kan prövas av tribunalen, eftersom frågan om motiveringsskyldigheten enligt artikel 296 FEUF har iakttagits enligt den rättspraxis som anges ovan i punkt 80 ska skiljas från frågan huruvida motiveringen är välgrundad.

107 Av samtliga ovan angivna skäl kan talan inte vinna bifall såvitt avser den enda grunden avseende ett åsidosättande av järnvägsbyråns motiveringsskyldighet. Talan ska följaktligen ogillas i sin helhet.

### **Rättegångskostnader**

108 Enligt artikel 134.1 i tribunalens rättegångsregler ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.

- 109 Järnvägsbyrån har yrkat att sökandena ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökandena har tappat målet, ska järnvägsbyråns yrkande bifallas.
- 110 Denna bedömning påverkas inte av sökandenas yrkande om att järnvägsbyrån ska förpliktas att ersätta alla rättegångskostnader, även om talan ogillas. Till stöd för detta yrkande har sökandena nämligen åberopat den påstådda bristfälliga motiveringen av de angripna besluten och järnvägsbyråns förhållningssätt, utan några närmare angivelser. Järnvägsbyrån kan inte förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna i det nu aktuella fallet av dessa skäl.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (tredje avdelningen)

följande:

- 1) **Talan ogillas.**
- 2) **European Dynamics Luxembourg SA, Evropaïki Dynamiki – Proïgmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE och European Dynamics Belgium SA ska ersätta rättegångskostnaderna.**

Frimodt Nielsen

Kreuschitz

Póltorak

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 4 juli 2017.

Underskrifter