Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Ottende Afdeling)

11. maj 2023 *

»Appel – Domstolens procesreglement – artikel 169 – appel rettet mod Rettens afgørelses konklusion – offentlige tjenesteydelseskontrakter – udbudsprocedure – forordning (EU, Euratom) 2018/1046 – artikel 170, stk. 3 – punkt 23 i bilag I – afvist tilbudsgiver, som gør Europa-Kommissionen bekendt med indicier for, at det valgte tilbud er unormalt lavt – omfanget af den ordregivende myndigheds begrundelsespligt«

I sag C-101/22 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statutten for Den Europæiske Unions Domstol, iværksat den 10. februar 2022,

Europa-Kommissionen ved L. André, M. Ilkova og O. Verheecke, som befuldmægtigede,

appellant,

de øvrige parter i appelsagen:

Sopra Steria Benelux, Bruxelles (Belgien),

Unisys Belgium, Bruxelles,

ved avocats L. Masson og G. Tilman,

sagsøgere i første instans,

har

DOMSTOLEN (Ottende Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, M. Safjan, og dommerne N. Piçarra og M. Gavalec (refererende dommer),

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

* Processprog: fransk.

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

Dom

1 Med sin appel har Europa-Kommissionen nedlagt påstand om ophævelse af Den Europæiske Unions Rets dom af 1. december 2021, Sopra Steria Benelux og Unisys Belgium mod Kommissionen (T-546/20, herefter »den appellerede dom«, EU:T:2021:846), hvorved Retten annullerede Kommissionens afgørelse af 2. juli 2020 om, for det første, afvisning af det fælles tilbud, som Sopra Steria Benelux og Unisys Belgium (herefter samlet »S2U-selskaberne«) havde afgivet for parti A inden for rammerne af udbudsproceduren med referencen TAXUD/2019/OP/0006, som vedrørte tjenesteydelser med henblik på specifikation, udvikling, vedligeholdelse og support på tredje niveau af IT-platformene ved Generaldirektoratet »Beskatning og toldunion«, og for det andet tildeling af kontrakten for denne del til det andet tilbudsgivende konsortium (herefter »den omtvistede afgørelse«).

Retsforskrifter

Domstolens procesreglement

2 Under overskriften »Påstande, anbringender og argumenter i appelskriftet« bestemmer procesreglementets artikel 169 følgende:

»1. Påstandene i appelskriftet skal gå ud på, at Rettens afgørelse, således som den fremgår af denne afgørelses konklusion, ophæves helt eller delvist.

2. De retlige anbringender og argumenter, der gøres gældende, skal angive præcist, hvilke præmisser i Rettens afgørelse der anfægtes.«

3 Procesreglementets artikel 170 med overskriften »Påstande for det tilfælde, at appellen tages til følge«, fastsætter i stk. 1:

»Påstandene i appelskriftet skal gå ud på, at der, såfremt appellen tages til følge, helt eller delvist gives medhold i de i første instans nedlagte påstande, idet nye påstande ikke kan nedlægges. Der må ikke i appelskriftet foretages nogen ændring af sagens genstand, som den forelå for Retten.«

Finansforordningen

4 I Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) 2018/1046 af 18. juli 2018 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget, om ændring af forordning (EU) nr. 1296/2013, (EU) nr. 1301/2013, (EU) nr. 1303/2013, (EU) nr. 1304/2013, (EU) nr. 1309/2013, (EU) nr. 1316/2013, (EU) nr. 223/2014, (EU) nr. 283/2014 og afgørelse nr. 541/2014/EU og om

ophævelse af forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012 (EUT 2018, L 193, s. 1) (herefter »finansforordningen«) har artikel 161 med overskriften »Bilag om udbud og delegation af beføjelser« følgende ordlyd:

»Nærmere regler om udbud er fastsat i bilag I til denne forordning. For at sikre, at EU-institutionerne, når de tildeler kontrakter for egen regning, anvender de samme standarder som dem, der er pålagt de ordregivende myndigheder, som er omfattet af [Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter (EUT 2014, L 94, s. 1)] og [Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65)], tillægges Kommissionen beføjelser til at vedtage delegerede retsakter i overensstemmelse med denne forordnings artikel 269 vedrørende ændring af bilag I til denne forordning for at tilpasse nævnte bilag til ændringer af nævnte direktiver og for at indføre tilknyttede tekniske justeringer.«

5 Forordningens artikel 170, der har overskriften »Tildelingsafgørelse og oplysninger til kandidater eller tilbudsgivere«, bestemmer følgende i stk. 2 og 3:

»2. Den ordregivende myndighed oplyser alle kandidater eller tilbudsgivere, hvis ansøgning om deltagelse eller tilbud er blevet afvist, om grundene hertil samt om, hvornår de i artikel 175, stk. 2, og artikel 178, stk. 1, omhandlede standstillperioder udløber.

[…]

3. Den ordregivende myndighed oplyser hver enkelt tilbudsgiver, der ikke befinder sig i en udelukkelsessituation som omhandlet i artikel 136, stk. 1, som ikke er afvist efter artikel 141, hvis tilbud er i overensstemmelse med udbudsdokumenterne, og som skriftligt anmoder herom, om følgende:

a) navnet på den tilbudsgiver eller i tilfælde af en rammeaftale de tilbudsgivere, der tildeles kontrakten, og, undtagen når der er tale om en specifik kontrakt under en rammeaftale med fornyet konkurrence, de kvaliteter og relative fordele, der kendetegner det valgte tilbud, den betalte pris eller kontraktens værdi, alt efter hvad der er relevant

[…]

Den ordregivende myndighed kan dog beslutte at undlade at give visse oplysninger, hvis videregivelse heraf ville hindre retshåndhævelsen, være i strid med offentlige interesser eller være til skade for de økonomiske aktørers legitime kommercielle interesser eller kunne fordreje den fair konkurrence mellem dem.«

6 Under overskriften »Unormalt lave tilbud« har punkt 23 i bilag I til den nævnte forordning følgende ordlyd:

»23.1. Hvis prisen eller omkostningerne vedrørende en bestemt kontrakt forekommer at være unormalt lave, skal den ordregivende myndighed skriftligt anmode om de oplysninger om sammensætningen af den pågældende pris eller de pågældende omkostninger, som den anser for relevante, og give tilbudsgiveren lejlighed til at fremsætte sine bemærkninger.

Den ordregivende myndighed kan navnlig tage hensyn til bemærkninger vedrørende:

a) besparelser i forbindelse med produktionsmetoden, den måde, tjenesteydelserne udføres på, eller byggemetoden

b) de anvendte tekniske løsninger eller tilbudsgiverens usædvanligt gunstige betingelser

c) tilbuddets originalitet

d) tilbudsgiverens overholdelse af gældende forpligtelser inden for miljø-, social- og arbejdsmarkedslovgivning

e) underleverandørernes overholdelse af gældende forpligtelser inden for miljø-, social- og arbejdsmarkedslovgivning

f) muligheden for eventuel statsstøtte til tilbudsgiveren under overholdelse af relevante regler.

23.2. Den ordregivende myndighed må kun afvise tilbuddet, hvis den foreslåede lave pris eller de foreslåede lave omkostninger ikke på tilfredsstillende måde kan begrundes ud fra den fremlagte dokumentation.

Den ordregivende myndighed skal afvise tilbuddet, hvis den har fastslået, at det er unormalt lavt, fordi det ikke er i overensstemmelse med de gældende forpligtelser inden for miljø-, social- og arbejdsmarkedslovgivning.

[…]«

Sagens baggrund

7 Tvistens baggrund er beskrevet på følgende måde i den appellerede doms præmis 1-8:

»1 Den 6. december 2019 offentliggjorde Kommissionen en udbudsbekendtgørelse i Supplement til *Den Europæiske Unions Tidende* (EUT 2019/S 236-577462) vedrørende en indkaldelse af tilbud med referencen TAXUD/2019/OP/0006, vedrørende tjenesteydelser med henblik på specifikation, udvikling, vedligeholdelse og support på tredje niveau af IT-platformene ved Generaldirektoratet »Beskatning og toldunion« i Kommissionen. Den nævnte kontrakt bestod af to partier, parti A, »Udviklingstjenester til CCN/CSI-platformen«, og parti B, »Udviklingstjenester til CCN2(ng)-, SPEED2(ng)-, CDCO/TSOAP- og SSV-platformene«, og som tildelingskriterium havde [den] det bedste [forhold mellem kvalitet og pris], [idet] den tekniske kvalitet og prisen [talte] henholdsvis 70% og 30% i bedømmelsen af buddene. For hver af disse to partier skulle Kommissionen indgå en rammeaftale for en periode på 36 måneder, der kunne forlænges tre gange for flere på hinanden følgende perioder på 12 måneder med tilbudsgiver, der tilbød det bedste [forhold mellem kvalitet og pris], på betingelse af, at den pågældende kunne opfylde visse minimumskriterier vedrørende tilbuddets valgbarhed, ikke-udelukkelse, kapacitet og overensstemmelse.

2 Den 27. februar 2020 afgav [S2U-selskaberne] et fælles bud inden for rammerne af et konsortium ledet af Sopra. Det eneste andet bud, der blev afgivet på parti A inden for fristen, var buddet fra konsortiet ARHS-IBM, der var dannet af ARHS Developments SA og International Business Machines of Belgium SA.

3 Ved skrivelse af 2. juli 2020 underrettede Kommissionen [S2U-selskaberne] om afvisningen af deres bud på parti A med den begrundelse, at det ikke var det økonomisk mest fordelagtige bud, og at kontrakten var blevet tildelt en anden tilbudsgiver […]. Kommissionen vedlagde et uddrag af evalueringsrapporten for [S2U-selskabernes] bud, der angav de point, som buddet var blevet tildelt, med tilhørende forklaringer, og oplyste [S2U-selskaberne] om, at de kvaliteter og relative fordele, der kendetegner det valgte bud, kontraktens værdi samt navnet på kontraktmodtageren kunne udleveres til dem efter skriftlig anmodning. [S2U-selskaberne] indgav en sådan anmodning samme dag.

4 Det fremgår af uddraget fra evalueringsrapporten, at [S2U-selskabernes] bud modtog et samlet pointtal på 90,81 […]

[…]

5 Ved skrivelse af 3. juli 2020 meddelte Kommissionen [S2U-selskaberne], at kontrakten var blevet tildelt konsortiet ARHS-IBM, og sendte dem et uddrag af evalueringsrapporten vedrørende konsortiets bud med angivelse af de point, som konsortiet var blevet tildelt, ledsaget af forklaringer.

6 Det fremgår af uddraget fra evalueringsrapporten, at det bud, der blev afgivet af tilslagsmodtageren, modtog et samlet pointtal på 98,53 point […]

[…]

7 Ved skrivelse af 10. juli 2020 [(herefter »anmodningen af 10. juli 2020«)] bestred [S2U-selskaberne] resultatet af udbudsproceduren, og for så vidt angår den pris, der var angivet i det antagne bud, gav de udtryk for tvivl om, hvorvidt en pris, der var væsentlig lavere end den pris, som de havde foreslået, og som de anså for rimelig og i overensstemmelse med markedsvilkårene, kunne være realistisk uden risiko for »social dumping«. De opfordrede således den ordregivende myndighed til at bekræfte, at den havde kontrolleret, at tilslagsmodtagerens bud ikke indebar nogen risiko i denne henseende.

8 Ved skrivelse af 20. juli 2020 [(herefter »svaret af 20. juli 2020«)] svarede Kommissionen bl.a., at en detaljeret [finansiel] analyse af det bud, der var blevet antaget […], havde vist, at det var i overensstemmelse med markedsvilkårene i de lande, hvorfra kontrahenterne og deres underleverandører ville udføre de ønskede tjenesteydelser.«

Søgsmålet for Retten og den appellerede dom

8 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 2. september 2020 anlagde S2U-selskaberne sag med påstand om annullation af den omtvistede afgørelse.

9 Selskaberne fremsatte to anbringender til støtte for søgsmålet. Det første anbringende vedrørte en tilsidesættelse af punkt 23 i bilag I til finansforordningen og et åbenbart urigtigt skøn, mens det andet anbringende vedrørte en manglende begrundelse for den omtvistede afgørelse med hensyn til det valgte tilbuds unormalt lave karakter.

10 Ved den appellerede dom tiltrådte Retten det andet anbringende, som den havde besluttet at undersøge først.

11 I den appellerede doms præmis 38-54 sammenfattede Retten reglerne for den ordregivende myndigheds begrundelsespligt i udbudsprocedurer i Unionen, således som disse hovedsageligt fremgår af finansforordningens artikel 170 og punkt 23 i bilag I til denne forordning, samt retspraksis herom.

12 Det fremgår navnlig af denne doms præmis 47-49, at den ordregivende myndigheds vurdering af forekomsten af unormalt lave tilbud foretages i to trin. Den ordregivende myndighed skal i første omgang og uden at støtte sig på en detaljeret analyse af hvert enkelt tilbuds sammensætning vurdere, om prisen eller omkostningerne i tilbuddet »forekommer« unormalt lave. Når der ikke foreligger indicier, der kan give anledning til mistanke om, at tilbuddet kan være unormalt lavt, kan den ordregivende myndighed fortsætte evalueringen og proceduren for kontraktens tildeling. Når der derimod foreligger sådanne indicier, skal den ordregivende myndighed i anden omgang foretage en mere detaljeret kontrol af tilbuddets sammensætning med henblik på at sikre sig, at dette ikke er unormalt lavt. Endelig har den pligt til at give den pågældende tilbudsgiver mulighed for at angive, hvorfor vedkommende ikke mener, at tilbuddet er unormalt lavt. Den ordregivende myndighed skal dernæst vurdere de afgivne forklaringer og afgøre, om det pågældende tilbud er unormalt lavt, i hvilket tilfælde den er forpligtet til at afvise det.

13 I den nævnte doms præmis 51-53 anførte Retten, at den ordregivende myndigheds begrundelsespligt, når denne finder, at det valgte tilbud ikke forekommer unormalt lavt, er af begrænset omfang. Navnlig når den ordregivende myndighed vælger et tilbud, er den ikke forpligtet til som svar på enhver anmodning om en begrundelse, der indgives i medfør af finansforordningens artikel 170, stk. 3, udtrykkeligt at angive en begrundelse for, hvorfor dette tilbud ikke forekom den at være unormalt lavt. Det forhold, at et tilbud vælges, vidner nemlig implicit, men nødvendigvis om, at der ikke forelå indicier for, at tilbuddet var unormalt lavt. En udtrykkelig begrundelse skal derimod meddeles den afviste tilbudsgiver, som udtrykkeligt har anmodet herom, således at vedkommende oplyses om et vigtigt aspekt af de kvaliteter og relative fordele, der kendetegner det valgte tilbud, som omhandlet i denne forordnings artikel 170, stk. 3. I dommens præmis 54 fastslog Retten i denne henseende, at det ikke er tilstrækkeligt for den ordregivende myndighed blot at konstatere, at det inden for rammerne af tildelingsproceduren valgte tilbud ikke er unormalt lavt.

14 I den appellerede doms præmis 55 anførte Retten, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde i første omgang i overensstemmelse med finansforordningens artikel 170 og punkt 31 i bilag I til denne forordning blot havde oplyst S2U-selskaberne om, at deres tilbud var blevet afvist, idet den vedlagde et uddrag af evalueringsudvalgets rapport vedrørende deres tilbud. I anden omgang meddelte Kommissionen S2U-selskaberne, efter skriftlig anmodning fra disse, alene navnet på den, der havde fået tildelt kontrakten, prisen på det valgte tilbud, dets økonomiske score og forholdet mellem kvalitet og pris som udtrykt ved dets endelige score. Retten fastslog, at de således meddelte detaljer på ingen måde vedrørte undersøgelsen af prisen på det valgte tilbud, henset til dennes eventuelle unormalt lave karakter.

15 I denne doms præmis 59 anførte Retten, at tilslagsmodtageren fik tildelt kontrakten som følge af den betydelige forskel i priserne tilbudt af denne og S2U-selskaberne. Det var i denne sammenhæng, at S2U-selskaberne, således som det er anført i nævnte doms præmis 56, anmodede Kommissionen om bl.a. at bekræfte, at det valgte tilbud i lyset af dets pris ikke indebar en risiko for »social dumping« eller risici med hensyn til gennemførelsen af kontrakten.

16 I den appellerede doms præmis 57 og 66 indikerede Retten, at selv om S2U-selskaberne ikke udtrykkeligt påberåbte sig begrebet »unormalt lavt tilbud«, henviste de klart til de potentielle konsekvenser, der er forbundet med fremsættelsen af et sådant tilbud, nemlig en risiko for social dumping og risikoen for fortsættelsen af leveringen af tjenesteydelserne.

17 I denne doms præmis 58 fastslog Retten, at Kommissionen i svaret af 20. juli 2020 kun angav, at en detaljeret finansiel analyse af tilslagsmodtagerens tilbud havde vist, at tilbuddet var i overensstemmelse med markedsvilkårene i de lande, fra hvilke kontrahenterne og deres underleverandører ville levere de ønskede tjenesteydelser.

18 I nævnte doms præmis 60 og 61 fastslog Retten, at en sådan konstatering var utilstrækkelig, eftersom der udelukkende var afgivet to tilbud på parti A, og at der derfor kun var ét sammenligningsgrundlag, som gjorde det muligt at fastslå, om der forelå et indicium for, at prisen på det valgte tilbud kunne anses for at være unormalt lav. Eftersom priskriteriet var afgørende for indplaceringen af tilbuddene, og da prisen på det valgte tilbud var dets eneste fordel, burde Kommissionen i det mindste have fremlagt oplysninger vedrørende den procentdel, der svarede til den del af kontrakten, der blev udført af underleverandører, og de lande, hvorfra de omhandlede tjenesteydelser ville blive leveret.

19 Såfremt Kommissionen, således som den gjorde i svarskriftet og i retsmødet for Retten, havde meddelt disse oplysninger, ville S2U-selskaberne have haft bedre mulighed for at forstå prisforskellene på de to tilbud. Sådanne oplysninger ville ligeledes have gjort det muligt for S2 U-selskaberne at råde over tilstrækkelige oplysninger til at få kendskab til grundene til, at Kommissionen havde fundet, at det valgte tilbud ikke forekom unormalt lavt, og dermed eventuelt at anfægte rigtigheden af denne vurdering.

20 I nævnte doms præmis 68 fastslog Retten, at en ordregivende myndighed ved blot at påberåbe sig punkt 23.1 i bilag I til finansforordningen unddrager sig den forpligtelse, der er fastsat i denne forordnings artikel 170, stk. 3, til at meddele den afviste tilbudsgiver, som skriftligt anmoder herom, de kvaliteter og relative fordele, der kendetegner det valgte tilbud, herunder grundene til, at dette tilbud ikke forekom unormalt lavt. Retten fastslog, at Kommissionen derfor ikke blot kunne konstatere, at den ikke havde fundet, at det valgte tilbud forekom unormalt lavt, uden over for S2U-selskaberne, som udtrykkeligt havde anmodet herom, at præcisere grundene til denne konklusion.

21 Endelig fastslog Retten i den appellerede doms præmis 69, at de forklaringer, som Kommissionen havde givet under sagen, hvorefter en stor del af de ydelser, der var fastsat i det valgte tilbud, ville blive tildelt underleverandører i hovedsageligt Grækenland og Rumænien, således at de lønforskelle, der var forbundet med ydelsernes leveringssteder, forklarede den væsentlige prisforskel mellem de afgivne tilbud, var afgivet for sent. Retten anførte, at der kun kan tages hensyn til oplysninger, som S2U-selskaberne havde modtaget før anlæggelsen af søgsmålet ved Retten, idet begrundelsen principielt ikke kan uddybes for første gang og efterfølgende for Retten.

22 Henset til de ovenstående betragtninger fastslog Retten i denne doms præmis 70 og 71, at S2 U-selskaberne, henset til de oplysninger, som Kommissionen havde meddelt dem, ikke kunne have haft kendskab til alle de oplysninger vedrørende sammensætningen tilslagsmodtagerens tilbud, som gjorde det muligt for Kommissionen at finde, at dette tilbud ikke forekom unormalt lavt. Retten tiltrådte derfor det andet anbringende fremsat af S2U-selskaberne og annullerede den omtvistede afgørelse, uden at den fandt det fornødent at undersøge det første anbringende.

Parternes påstande

23 Ved sin appel har Kommissionen nedlagt følgende påstande:

– Den appellerede doms præmis 52-57, 60, 61, 66, 68 og 69 ophæves.

– Frifindelse for annullationspåstanden.

– S2U-selskaberne tilpligtes at betale sagsomkostningerne i forbindelse med nærværende sag for Domstolen såvel som i sagen for Retten.

24 Ved sin replik har Kommissionen endvidere nedlagt følgende påstande:

– Det fastslås, at appellen i sin helhed kan antages til realitetsbehandling.

– Den appellerede dom ophæves.

25 S2U-selskaberne har nedlagt følgende påstande:

– Principalt forkastes appellen i sin helhed, og Kommissionen tilpligtes at betale samtlige sagsomkostninger.

– Subsidiært, såfremt der gives medhold i appellen, hjemvises sagen til Retten.

Om appellen

Den af S2U-selskaberne fremsatte formalitetsindsigelse

Parternes argumentation

26 S2U-selskaberne har fremsat en formalitetsindsigelse i forhold til appellen, for så vidt som Kommissionen har tilsidesat artikel 169 og 170 i Domstolens procesreglement. Kommissionen har nemlig alene nedlagt påstand om ophævelse af den appellerede doms præmis 52-57, 60, 61, 66, 68 og 69, uden at den som følge heraf har nedlagt påstand om, at afgørelsen, således som den fremgår af denne doms konklusion, ophæves helt eller delvist som omhandlet i procesreglementets artikel 169, stk. 1.

27 Kommissionen har heller ikke anfægtet den appellerede doms præmis 70 og 71 og må således anses for at have anerkendt disse. Disse præmisser indeholder konklusionen på det ræsonnement, som i det væsentlige foranledigede Retten til for det første at fastslå, at S2

U-selskaberne ikke havde kendskab til de oplysninger om sammensætningen af tilslagsmodtagerens tilbud, som Kommissionen lagde til grund for at finde, at dette tilbud ikke forekom unormalt lavt, og for det andet at Kommissionen i utilstrækkelig grad havde angivet begrundelsen for denne konklusion, hvorfor den omtvistede afgørelse skulle annulleres, uden at det var fornødent at undersøge det første anbringende.

28 S2U-selskaberne har ligeledes nedlagt påstand om, at Kommissionens nye påstand, som er fremsat i replikken, og som dels tager sigte på, at appellen antages til realitetsbehandling i sin helhed, dels at denne dom ophæves, afvises.

29 Kommissionen har gjort gældende, at denne formalitetsindsigelse skal forkastes.

Domstolens bemærkninger

30 Det skal i indledningsvis bemærkes, således som Kommissionen har anført i replikken, at S2 U-selskaberne ikke har fremsat noget argument, der gør det muligt at underbygge en tilsidesættelse af procesreglementets artikel 170, Det følger heraf, at formalitetsindsigelsen alene skal undersøges i forhold til dette reglements artikel 169.

31 I denne henseende følger det grundlæggende princip om, at appellen skal rettes mod konklusionen i Rettens afgørelse og ikke kan være begrænset til at tilsigte en ændring af visse præmisser i denne afgørelse, af sidstnævnte bestemmelses stk. 1 (jf. i denne retning dom af 15.11.2012, Al-Aqsa mod Rådet og Nederlandene mod Al-Aqsa, C-539/10 P og C-550/10 P, EU:C:2012:711, præmis 43-45, og af 16.7.2020, Inclusion Alliance for Europe mod Kommissionen, C-378/16 P, EU:C:2020:575, præmis 57). Domstolen har imidlertid ligeledes præciseret, at en overdreven formalisme ved anvendelsen af denne regel vil være i strid med denne retspraksis (jf. i denne retning dom af 16.7.2020, Inclusion Alliance for Europe mod Kommissionen, C-378/16 P, EU:C:2020:575, præmis 59 og 60).

32 I det foreliggende tilfælde har Kommissionen i det afsnit af appelskriftet, som har overskriften »Påstande«, alene nedlagt påstand om ophævelse af den appellerede doms præmis 52-57, 60, 61, 66, 68 og 69, om frifindelse i det annullationssøgsmål, som S2U-selskaberne havde anlagt ved Retten, og om, at disse selskaber tilpligtes at betale samtlige sagsomkostninger.

33 Det fremgår imidlertid klart af forsiden på det appelskrift, som Kommissionen har indleveret, at den formelt har nedlagt påstand om ophævelse af den appellerede dom. Selv om denne institution i det afsnit i appelskriftet, der indeholder påstandene, ikke udtrykkeligt har nedlagt påstand om ophævelse af denne dom, har den ved afslutningen af sin argumentation vedrørende de tre anbringender, der er fremsat til støtte for appellen, identificeret de præmisser i denne dom, som den anser for at være behæftede med retlige fejl, og har heraf udtrykkeligt udledt, at punkt 1 i nævnte doms konklusion ligeledes skulle ophæves, for så vidt som de pågældende præmisser støttede dette punkt.

34 På denne baggrund kan påstandene i appellen, selv om de i snæver forstand ikke udtrykkeligt tilsigter ophævelse af punkt 1 i den appellerede doms konklusion, ikke betragtes på anden måde end, at de i det væsentlige tilsigter det samme resultat. Henset til det svarskrift og den duplik, som S2U-selskaberne har indleveret, står det i denne henseende i øvrigt klart, at de havde fuldstændigt kendskab til Kommissionens ræsonnement i appelskriftet og inddragelsen vedrørende punkt 1 i den appellerede doms konklusion.

35 Argumentet om, at Kommissionen ikke har anfægtet denne doms præmis 70 og 71, kan ikke tiltrædes. Disse to præmisser har nemlig kun anerkendende karakter og drager blot konsekvenserne af de præmisser, som Kommissionen udtrykkeligt har anfægtet. Selv om det havde været hensigtsmæssigt, at Kommissionen ligeledes anfægtede disse, har denne undladelse følgelig ingen konsekvenser.

36 Derfor skal S2U-selskabernes formalitetsindsigelse forkastes.

Realiteten

37 Til støtte for appellen har Kommissionen fremsat tre anbringender. Med sit første anbringende har Kommissionen foreholdt Retten, at den begik en retlig fejl ved at kvalificere anmodningen af 10. juli 2020 som en »udtrykkelig anmodning« med henblik på at få tilsendt de grunde, der foranledigede den ordregivende myndighed til ikke at anse det valgte tilbud for at forekomme unormalt lavt. Det andet anbringende vedrører en urigtig gengivelse af indholdet af svaret af 20. juli 2020. Med det tredje anbringende har Kommissionen gjort gældende, at omfanget af den begrundelsespligt, der påhviler den ordregivende myndighed i henhold til artikel 296 TEUF og finansforordningens artikel 170, stk. 3, angiveligt er blevet tilsidesat.

Det første anbringende om, at Retten begik en retlig fejl ved at kvalificere anmodningen af 10. juli 2020 som en »udtrykkelig anmodning« med henblik på at få tilsendt grundene til, at den ordregivende myndighed ikke anså det valgte tilbud for at forekomme unormalt lavt

– *Parternes argumentation*

38 Med det første anbringende har Kommissionen gjort gældende, at den appellerede doms præmis 52-57 er behæftet med en selvmodsigelse, som bevirkede, at Retten i dommens præmis 66-68 foretog en urigtig retlig kvalifikation af de faktiske omstændigheder.

39 Det fremgår nemlig af dom af 4. juli 2017, European Dynamics Luxembourg m.fl. mod Den Europæiske Unions Jernbaneagentur (T-392/15, EU:T:2017:462, præmis 93), at den ordregivende myndighed kun efter tilbudsgiverens udtrykkelige anmodning, dvs. en anmodning, hvorved det udtrykkeligt gøres gældende, at det tilbud, som denne myndighed har valgt, er unormalt lavt, skal begrunde, hvorfor det valgte tilbud ikke forekommer unormalt lavt.

40 Dette krav om en udtrykkelig anmodning, som fremhæves i den appellerede doms præmis 52 og 63-65, er ikke opfyldt i det foreliggende tilfælde, eftersom Retten i dommens præmis 57 fastslog, at »[S2U-selskaberne i anmodningen af 10. juli 2020] ikke udtrykkeligt har påberåbt sig begrebet »unormalt lavt bud««.

41 Efter Kommissionens opfattelse kan den omstændighed, at en tilbudsgiver omtaler en af »de potentielle konsekvenser, der er forbundet med fremsættelsen af et sådant tilbud, nemlig en risiko for social dumping […] og risikoen for fortsættelsen af leveringen af tjenesteydelserne«, ikke sidestilles med en udtrykkelig anmodning eller være tilstrækkelig til, at der for den ordregivende myndighed opstår en pligt til at begrunde, hvorfor et tilbud ikke forekom den unormalt lavt. De to anførte risici kan nemlig hverken sidestilles med eller anses for at svare til begrebet unormalt lavt tilbud.

42 I denne henseende er begrebet »social dumping«, der ikke defineres i EU-retten, ikke nævnt i punkt 23.1 i bilag I til finansforordningen, som opregner de forhold, der skal tages i betragtning med henblik på at vurdere, om et tilbud er unormalt lavt. Selv om S2U-selskaberne i deres anmodning af 10. juli 2020 anførte risikoen for fortsættelsen af leveringen af tjenesteydelserne, omtales en sådan risiko endvidere heller ikke i denne bestemmelse. S2U-selskaberne spurgte i øvrigt udelukkende den ordregivende myndighed om forekomsten af en risiko for social dumping.

43 Retten har således forpligtet den ordregivende myndighed til, selv når denne myndighed er forelagt en ikke-udtrykkelig anmodning, at anlægge en teleologisk fortolkning af de spørgsmål, som tilbudsgiveren har stillet, i stedet for at foretage en ordlydsfortolkning af disse spørgsmål, således som det fremgår af dom af 26. april 2018, European Dynamics Luxembourg og Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen (T-752/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:233, præmis 78-81). Denne nye fortolkning skaber endvidere en retlig usikkerhed, idet de ordregivende myndigheder ikke ved, om de skal sidestille alle anmodninger, hvori der påberåbes en af »de potentielle konsekvenser af et unormalt lavt tilbud« med en udtrykkelig anmodning, der tager sigte på at få kendskab til grundene til, at den ordregivende myndighed ikke nærede tvivl om, hvorvidt det valgte tilbud var unormalt lavt.

44 Kommissionen er endvidere ikke enig i, at anmodningen af 10. juli 2020 er blevet kvalificeret som en udtrykkelig anmodning vedrørende et tilbuds unormalt lave karakter, således som det fremgår af den appellerede doms præmis 66 og 68.

45 S2U-selskaberne har gjort gældende, at det første appelanbringende skal afvises, for så vidt som Domstolen anmodes om at foretage en faktuel vurdering af begrebet »udtrykkelig anmodning«. Subsidiært bør anbringendet forkastes som ugrundet.

– *Domstolens bemærkninger*

46 Med det første anbringende, som er rettet mod den appellerede doms præmis 52-57, 66 og 68, har Kommissionen i det væsentlige foreholdt Retten, at den begik en retlig fejl ved at anse anmodningen af 10. juli 2020 for at være en anmodning, som udtrykkeligt tilsigtede at foranledige den ordregivende myndighed til at angive grundene til, at det valgte tilbud ikke forekom denne myndighed unormalt lavt.

47 I denne henseende skal det, for så vidt som S2U-selskaberne har gjort gældende, at det første anbringende skal afvises, eftersom Domstolen herved opfordres til at foretage en faktuel vurdering af begrebet »udtrykkelig anmodning«, bemærkes, at den retlige kvalificering af en faktisk omstændighed eller en akt, som foretages af Retten, er et retsspørgsmål, der kan rejses under en appelsag (dom af 19.10.1995, Rendo m.fl. mod Kommissionen, C-19/93 P, EU:C:1995:339, præmis 26, og af 12.5.2022, Klein mod Kommissionen, C-430/20 P, EU:C:2022:377, præmis 41). Det følger heraf, at spørgsmålet om, hvorvidt anmodningen af 10. juli 2020 udgør en »udtrykkelig anmodning«, dvs. en anmodning vedrørende grundene til, at den ordregivende myndighed ikke anså det valgte tilbud for at være unormalt lavt som omhandlet i finansforordningens artikel 170, stk. 3, litra a), sammenholdt med punkt 23 i bilag I til denne forordning, et retsspørgsmål, som kan undersøges under appelsagen. Dette anbringende kan dermed antages til realitetsbehandling.

48 Med hensyn til realiteten skal det bemærkes, at finansforordningens artikel 170, stk. 3, litra a), giver mulighed for, at hver enkelt tilbudsgiver, som ikke befinder sig i en udelukkelsessituation, som ikke er afvist, og hvis tilbud er i overensstemmelse med udbudsdokumenterne, skriftligt kan

anmode den ordregivende myndighed om oplysninger såsom navnet på den tilbudsgiver, der tildeles kontrakten, samt de kvaliteter og relative fordele, der kendetegner det valgte tilbud, den betalte pris eller kontraktens værdi, alt efter hvad der er relevant.

49 En afvist tilbudsgiver kan således udnytte den mulighed, som gives ved denne bestemmelse, til at anmode den ordregivende myndighed om at begrunde sin afgørelse om ikke at anse det valgte tilbud for unormalt lavt som omhandlet i punkt 23 i bilag I til denne forordning. En sådan forespørgsel kan være hensigtsmæssig, for så vidt som den ordregivende myndighed ved at vælge et tilbud må anses for i hvert faldt implicit at have fundet, at der ikke var indicier for, at tilbuddet var unormalt lavt.

50 Muligheden i henhold til finansforordningens artikel 170, stk. 3, litra a), sammenholdt med punkt 23 i bilag I til denne forordning, tilsigter således på det sidste trin i en udbudsprocedure at beskytte enhver afvist tilbudsgiver mod den ordregivende myndigheds vilkårlighed og sikre en sund konkurrence mellem tilbudsgiverne (jf. analogt dom af 27.11.2001, Lombardini og Mantovani, C-285/99 og C-286/99, EU:C:2001:640, præmis 44 og 57).

51 Det var således med føje, at Retten i den appellerede doms præmis 52 fastslog, at en ordregivende myndighed kun er forpligtet til udtrykkeligt at angive en begrundelse for, hvorfor det tilbud, som den valgte, ikke forekom den at være unormalt lavt, hvis den afviste tilbudsgiver udtrykkeligt har anmodet herom.

52 Selv om det er at foretrække, at en sådan tilbudsgiver udtrykkeligt henviser bogstaveligt til begrebet »unormalt lavt tilbud« som omhandlet i punkt 23 i bilag I til finansforordningen, når den pågældende ønsker at forespørge den ordregivende myndighed herom, ses en udtrykkelig henvisning til dette begreb imidlertid ikke at være uundværlig. For det første skal en »udtrykkelig anmodning« med henblik på anvendelsen af denne forordnings artikel 170, stk. 3, litra a), nemlig ikke sammenblandes med den udtrykkelige omtale af udtrykket »unormalt lavt tilbud«. Eftersom dette udtryk for det andet ikke anvendes direkte i nævnte forordnings artikel 170, stk. 3, litra a), men der heri i generelle vendinger henvises til »de kvaliteter og relative fordele, der kendetegner det valgte tilbud«, er det tilstrækkeligt, at den udtrykkelige anmodning med den fornødne klarhed og præcision tager sigte på sådanne kvaliteter og fordele uden nødvendigvis at gengive den præcise ordlyd af andre bestemmelser i forordningen.

53 Det er dog afgørende, at den afviste tilbudsgivers anmodning fremsættes på en sådan måde, at den ikke efterlader tvivl om vedkommendes hensigt om at foranledige den ordregivende myndighed til at begrunde sin beslutning om ikke at anse det valgte tilbud for at være unormalt lavt. Dette er tilfældet, når en afvist tilbudsgiver som i det foreliggende tilfælde oplyser den ordregivende myndighed om to potentielle og notorisk kendte konsekvenser af at vælge et unormalt lavt tilbud, såsom risikoen for social dumping og risikoen for fortsættelsen af leveringen af tjenesteydelserne.

54 Forbindelsen mellem sådanne risici og begrebet »unormalt lavt tilbud« fremgår klart af punkt 23.1, litra a), b), d) og e), i bilag I til finansforordningen, som i denne henseende foreskriver, at den ordregivende myndighed med henblik på at afgøre, om et tilbud er unormalt lavt, bl.a. kan tage hensyn til besparelser i forbindelse med produktionsmetoden, den måde, tjenesteydelserne udføres på, eller byggemetoden, de anvendte tekniske løsninger eller tilbudsgiverens usædvanligt gunstige betingelser samt tilbudsgiverens eller underleverandørernes overholdelse af gældende forpligtelser inden for miljø-, social- og arbejdsmarkedslovgivning.

55 Det var derfor med føje, at Retten i den appellerede doms præmis 56 og 57 fastslog, at S2 U-selskaberne klart havde anført de potentielle konsekvenser, der er forbundet med afgivelsen af et unormalt lavt tilbud. For at nå til denne konklusion anførte Retten, at S2U-selskaberne havde henvist til den realistiske og konkurrencedygtige pris i deres eget tilbud, deres erfaring som Kommissionens medkontrahent og de risici med hensyn til gennemførelsen af kontrakten, som et tilbud, hvis pris var væsentligt lavere end deres, indebar.

56 Desuden fremhævede Retten, at S2U-selskaberne havde anmodet Kommissionen om bl.a. at bekræfte, at den havde kontrolleret, at det valgte tilbud i lyset af dets pris ikke indebar en risiko for »social dumping«. Herved fastslog Retten med føje, at S2U-selskaberne ønskede at påpege, at det valgte tilbud muligvis ikke overholdt lovgivningen i de lande, hvor tjenesteydelserne skulle udføres, for så vidt angår aflønning af personale, bidrag til den sociale sikringsordning samt sundheds- og sikkerhedsordningen på arbejdspladsen, hvorfor dette tilbud ligeledes kunne indebære en risiko for fortsættelsen af leveringen af tjenesteydelserne.

57 Det var således uden at begå en retlig fejl, at Retten i den appellerede doms præmis 66 og 68 kvalificerede anmodningen af 10. juli 2020 som en »udtrykkelig anmodning« vedrørende grundene til, at den ordregivende myndighed ikke havde anset det valgte tilbud for at være unormalt lavt.

58 Det første anbringende skal således forkastes som ugrundet.

Det tredje anbringende om en tilsidesættelse af omfanget af den ordregivende myndigheds begrundelsespligt i henhold til artikel 296 TEUF og finansforordningens artikel 170, stk. 3

– *Parternes argumentation*

59 Kommissionen har foreholdt Retten, at den begik en retlig fejl ved at tilsidesætte rækkevidden af den ordregivende myndigheds begrundelsespligt i henhold til artikel 296 TEUF og finansforordningens artikel 170, stk. 3.

60 For det første har Kommissionen gjort gældende, at Rettens ræsonnement i dels denne doms præmis 51 og 52, dels dommens præmis 53, 54, 60, 61 og 68 indeholder selvmodsigelser for så vidt angår omfanget af begrundelsespligten og bevirker en tilsidesættelse af den ordregivende myndigheds totrinsvurdering af de tilbud, som forekommer unormalt lave, som foreskrevet i punkt 23 i bilag I til finansforordningen. Ved at indføre en begrundelsespligt, der er så vidtgående, overskred Retten forskrifterne i denne forordnings artikel 170, stk. 3, hvori et tilbuds unormalt lave karakter ikke omtales som et element i begrundelsen.

61 I nævnte doms præmis 51 bekræftede Retten, at begrundelsespligten er af begrænset omfang under det første trin, dvs. da den ordregivende myndighed fandt, at et tilbud ikke forekom unormalt lavt. Såfremt begrundelsespligten tillagdes et mere fuldstændigt omfang på dette trin i analysen, som støttes på en umiddelbar vurdering, ville den ordregivende myndighed blive pålagt en umulig bevisbyrde.

62 Kun når der er tvivl om, hvorvidt tilbuddet er unormalt lavt, har den ordregivende myndighed således pligt til at høre den pågældende tilbudsgiver med henblik på at få flere oplysninger om sammensætningen af priser og omkostninger. Eftersom den ordregivende myndighed har kunnet foretage en detaljeret kontrol af tilbuddet er omfanget af begrundelsespligten under analysens

andet trin fuldstændig, således som Retten har fastslået i dom af 4. juli 2017, European Dynamics Luxembourg m.fl. mod Den Europæiske Unions Jernbaneagentur (T-392/15, EU:T:2017:462, præmis 91).

63 I den appellerede doms præmis 52, sidste punktum, fastslog Retten imidlertid i strid med begrundelsespligtens begrænsede omfang, som var fremhævet i denne doms præmis 51, at når tilbuddet ikke forekommer unormalt lavt, skal der meddeles en begrundelse herfor, hvis den ordregivende myndighed er blevet udtrykkeligt anmodet herom, og at denne begrundelse samt det ræsonnement, der ligger til grund for tilbuddet, udgør de kvaliteter og fordele, som er omhandlet i finansforordningens artikel 170, stk. 3. Rettens ræsonnement er selvmodsigende, eftersom det indebærer, at en afvist tilbudsgivers blotte udtrykkelige anmodning vedrørende et tilbuds unormalt lave karakter bevirker, at enhver sondring mellem begrundelsespligtens omfang under det første trin, som angiveligt er begrænset, og under analysens andet trin, hvor begrundelsen og ræsonnementet skal fremlægges, fjernes.

64 Denne selvmodsigelse bevirkede, at Retten i den appellerede doms præmis 60 og 61 med urette fastslog, at Kommissionens begrundelse var utilstrækkelig, og dermed at denne institution »i det mindste [burde] have fremlagt oplysninger vedrørende den procentdel, der svarede til den del af kontrakten, der blev udført af underleverandører, og de lande, hvorfra de omhandlede tjenesteydelser skulle udføres«, for at give S2U-selskaberne et passende svar.

65 For det andet har Kommissionen anført, at Retten i den appellerede doms præmis 69 foreholdt den, at den under sagens behandling ikke havde givet S2U-selskaberne supplerende forklaringer med hensyn til den væsentlige prisforskel mellem tilbuddene. Herved foretog Retten en sammenblanding af begrundelsespligten under udbudsprocedurens administrative fase med Kommissionens pligt til som sagsøgt at fremlægge forklaringer og oplysninger som led i domstolsprøvelsen, hvilket i sig selv og uden retsgrundlag skærpede Kommissionens begrundelsespligt.

66 Domstolen har i dom af 14. oktober 2020, Close og Cegelec mod Parlamentet (C-447/19 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2020:826, præmis 43 et 44), imidlertid allerede fastslået, at »henset til tilbudsgivernes og kontrolinstansernes respektive roller, kan det ikke kræves, at de oplysninger, som en ordregivende myndighed skal give en afvist tilbudsgiver i medfør af sin begrundelsespligt, og de oplysninger, som denne ordregivende myndighed skal give retsinstanserne som led i disses efterprøvelse af, om en afgørelse om tildeling af en kontrakt[…] var lovlig, skal være fuldstændig identiske. Den omstændighed, at de dokumenter, der fremlægges for Retten som led i en foranstaltning med bevisoptagelse, senere ligeledes fremsendes til sagsøgeren, eventuelt i en ikke-fortrolig version, henhører under kontradiktionsprincippet og indebærer for så vidt ikke, at den ordregivende myndighed allerede skulle have fremlagt disse dokumenter i forbindelse med begrundelsen i henhold til bestemmelserne i EU-retten«.

67 S2U-selskaberne har gjort gældende, at det tredje anbringende er ugrundet.

– *Domstolens bemærkninger*

68 Domstolen finder det hensigtsmæssigt at undersøge det tredje anbringende før det andet anbringende.

69 I første række undersøges Kommissionens argument om, at Rettens ræsonnement i dels den appellerede doms præmis 51 og 52, dels dommens præmis 53, 54, 60, 61 og 68 indeholder selvmodsigelser for så vidt angår omfanget af begrundelsespligten og bevirker en tilsidesættelse af såvel finansforordningens artikel 170, stk. 3, som punkt 23 i bilag I til denne forordning.

70 Det skal indledningsvis bemærkes, at Retten i den appellerede doms præmis 51-54 gengav sin retspraksis vedrørende den ordregivende myndigheds pligt til at begrunde sin afgørelse om ikke at anse det valgte tilbud for at være unormalt lavt.

71 Disse præmisser skal imidlertid sammenholdes med denne doms præmis 47-50, som de førstnævnte præmisser blot præciserer, og som Kommissionen ikke har anfægtet. Heri fremhævede Retten, at den ordregivende myndigheds vurdering af forekomsten af unormalt lave tilbud foretages i to trin. I første omgang vurderer den ordregivende myndighed, om de priser eller omkostninger, der foreslås i tilbuddet, »forekommer« unormalt lave. Anvendelsen af verbet »forekomme« i punkt 23.1 i bilag I til finansforordningen indebærer, at den ordregivende myndighed foretager en umiddelbar vurdering af, om et tilbud er unormalt lavt, og ikke, at den af egen drift foretager en detaljeret analyse af hvert enkelt tilbuds sammensætning med henblik på at fastslå, at det ikke udgør et unormalt lavt tilbud.

72 Under dette første trin skal den ordregivende myndighed således udelukkende afgøre, om de indgivne tilbud indeholder et indicium for, at de kan være unormalt lave. Dette er bl.a. tilfældet, når den pris, der foreslås i et tilbud, er væsentligt lavere end andre tilbuds priser eller den sædvanlige markedspris. Hvis de indgivne tilbud ikke indeholder et sådant indicium og derfor ikke forekommer unormalt lave, kan den ordregivende myndighed fortsætte vurderingen af tilbuddene og proceduren for kontraktens tildeling.

73 I anden omgang skal den ordregivende myndighed, hvis der foreligger indicier for, at et tilbud kan være unormalt lavt, foretage en kontrol af det pågældende tilbuds sammensætning med henblik på at sikre sig, at dette faktisk ikke tilfældet. Med henblik herpå skal den ordregivende myndighed give den pågældende tilbudsgiver mulighed for at angive, hvorfor vedkommende mener, at tilbuddet ikke er unormalt lavt.

74 Den ordregivende myndighed skal dernæst vurdere de afgivne forklaringer og afgøre, om det pågældende tilbud er unormalt lavt, i hvilket tilfælde den er forpligtet til at afvise det. Den ordregivende myndighed skal med henblik på at give en tilstrækkelig begrundelse for, at det valgte bud ikke er unormalt lavt, redegøre for de overvejelser, på grundlag af hvilke den for det første konkluderede, at et sådant tilbud ved dets fortrinsvis finansielle kvaliteter i det land, hvor tjenesteydelserne skal leveres, bl.a. overholder lovgivningen om aflønning af personale, bidrag til den sociale sikringsordning og overholdelse af sundheds- og sikkerhedsstandarderne på arbejdspladsen, og for det andet undersøgte, om de foreslåede priser medtog alle de udgifter, der følger af det valgte tilbuds tekniske aspekter.

75 Den appellerede doms præmis 51 vedrører kontrollens første trin, således som det er anført i denne doms præmis 48. I denne henseende præciserede Retten, at for så vidt som den ordregivende myndighed alene skal foretage en umiddelbar kontrol, eller en såkaldt kontrol støttet på, hvordan tilbuddet forekommer, har denne myndighed blot en begrundelsespligt af begrænset omfang og kan endda nøjes med en stiltiende begrundelse. Som det fremgår af den nævnte doms præmis 52, indebærer den omstændighed alene, at den ordregivende myndighed vælger et tilbud, implicit, men nødvendigvis, at myndigheden fandt, at der ikke forelå indicier for, at tilbuddet var unormalt lavt.

76 Denne præmis 52, sidste punktum, er ganske vist ikke utvetydig. Heri anførte Retten nemlig i det væsentlige, at den ordregivende myndighed skal meddele den afviste tilbudsgiver, der udtrykkeligt anmoder herom, grundene til, at den fandt, at det valgte tilbud ikke forekom den unormalt lavt. Det fremgår ikke af en sådan formulering, om disse grunde omhandler de grunde, som foranledigede den ordregivende myndighed til at anse det valgte tilbud for ikke være unormalt lavt umiddelbart eller tværtimod efter en detaljeret analyse.

77 Kommissionen har gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl, idet den i den appellerede doms præmis 60, 61 og 68 krævede, at denne institution allerede under analysens første trin skulle give den afviste tilbudsgiver, som udtrykkeligt havde anmodet om grundene til, at myndigheden ikke havde fundet, at det valgte tilbud var unormalt lavt, en detaljeret begrundelse.

78 Denne fortolkning af den appellerede doms præmis 52, sidste punktum, skal imidlertid forkastes.

79 Selv om det, således som Retten fremhævede i denne doms præmis 48, er korrekt, at en ordregivende myndighed kan foretage en umiddelbar vurdering af, om et tilbud er unormalt lavt, kan denne kortfattede kontrol kun benyttes internt og kan ikke foreholdes en afvist tilbudsgiver, som har underbygget sin tvivl med hensyn til denne vurdering.

80 Det følger heraf, at når en afvist tilbudsgiver, som ikke befinder sig i en udelukkelsessituation, og som opfylder udvælgelseskriterierne, skriftligt og begrundet anmoder den ordregivende myndighed om at angive grundene til, at den ikke fandt, at det valgte tilbud var unormalt lavt, skal denne myndighed give et detaljeret svar.

81 Det bestemmes nemlig i punkt 23.1 i bilag I til finansforordningen, at hvis prisen eller omkostningerne vedrørende en bestemt kontrakt forekommer at være unormalt lave, skal den ordregivende myndighed skriftligt anmode om de oplysninger om sammensætningen af den pågældende pris eller de pågældende omkostninger, som den anser for relevante, og give tilbudsgiveren lejlighed til at fremsætte sine bemærkninger. Denne bestemmelses ordlyd udelukker ikke, at den afviste tilbudsgiver kan have skabt tvivl om, hvorvidt det valgte tilbud er unormalt lavt. Den omstændighed, at en sådan tilbudsgiver underbygget anfører, at der er tvivl om, hvorvidt det valgte tilbud er unormalt lavt, kan således få den ordregivende myndighed til at ændre opfattelse under det andet trin i kontrollen.

82 Medmindre den afviste tilbudsgivers argumenter er uden relevans eller savner enhver begrundelse, har den ordregivende myndighed således pligt til for det første at foretage en detaljeret analyse af det valgte tilbud for at påvise, at tilbuddet rent faktisk ikke er unormalt lavt, og for det andet at meddele den afviste tilbudsgiver, som udtrykkeligt har spurgt myndigheden om dette, hovedlinjerne desangående.

83 Såfremt der anlægges en anden fortolkning, vil den afviste tilbudsgiver kunne hindres i at udøve sin ret til effektive retsmidler, som er sikret ved artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«). En tilbudsgiver ville nemlig ikke kunne vurdere, om den ordregivende myndigheds afgørelse om, at det valgte tilbud ikke er unormalt lavt, er velbegrundet, hvis denne ordregivende myndighed blot overordnet og uden den mindste begrundelse herfor kunne anføre, at tilbuddet forekom den at være i overensstemmelse med markedsvilkårene i de lande, hvorfra kontrahenterne og deres underleverandører skal levere de pågældende tjenesteydelser, eller at prisen på det valgte tilbud ikke er unormalt lavt.

84 I det foreliggende tilfælde står dette så meget desto mere klart, således som Retten anførte i den appellerede doms præmis 60, idet den ordregivende myndighed alene havde modtaget to tilbud, idet priskriteriet var afgørende for indplaceringen af tilbuddene, og idet det valgte tilbuds pris var den eneste relative fordel, som kendetegnede dette. Som det fremgår af denne doms præmis 56, ville S2U-selskabernes erfaring som Kommissionens medkontrahenter ligeledes have foranlediget denne institution til at lægge vægt på deres frygt for, at tilbuddet indebar en risiko for »social dumping« samt risici med hensyn til gennemførelsen af kontrakten, eftersom den pris, som tilslagsmodtageren havde foreslået, var væsentligt lavere end deres tilbud.

85 Det var således med føje, at Retten i den appellerede doms præmis 68 fastslog, at Kommissionen ikke blot kunne konstatere, at det valgte tilbud ikke forekom den at være unormalt lavt, uden over for S2U-selskaberne, der havde fremsat en udtrykkelig anmodning herom, at præcisere grundene til denne konklusion.

86 I anden række har Kommissionen foreholdt Retten, at den i den appellerede doms præmis 60 og 69 foretog en sammenblanding af den ordregivende myndigheds begrundelsespligt og denne myndigheds ret til som sagsøgt at gøre brug af sin ret til forsvar, således som denne er fastsat i chartrets artikel 47, stk. 2.

87 En sådan argumentation er åbenbart ugrundet.

88 Den omstændighed, at Kommissionen anførte begrundelsen for den omtvistede afgørelse under sagens behandling, kan nemlig ikke afhjælpe det forhold, at den oprindelige begrundelse for denne afgørelse var utilstrækkelig. Begrundelsen kan nemlig ikke først gives efterfølgende under retssagen, medmindre der foreligger særlige omstændigheder, hvilket, da der ikke foreligger uopsættelighed, ikke er tilfældet i denne sag (jf. i denne retning dom af 26.11.1981, Michel mod Parlamentet, 195/80, EU:C:1981:284, præmis 22, af 28.6.2005, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C-208/02 P og C-213/02 P, EU:C:2005:408, præmis 463, og af 11.6.2020, Kommissionen mod Di Bernardo, C-114/19 P, EU:C:2020:457, præmis 51).

89 Hvis den sagsøgte institution tillades at udsætte sin pligt til at begrunde sin afgørelse om, at det valgte tilbud ikke er unormalt lavt, vil det påvirke de afviste tilbudsgiveres ret til en effektiv domstolsbeskyttelse, eftersom disse skal have kendskab til begrundelsen for en retsakt, ikke alene for bedst muligt at kunne forsvare deres rettigheder, men ligeledes for på grundlag af et fuldt kendskab til sagen at kunne beslutte, om det vil være hensigtsmæssigt for dem at indbringe sagen for den kompetente ret (jf. i denne retning dom af 15.10.1987, Heylens m.fl., 222/86, EU:C:1987:442, præmis 15, og af 7.9.2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, præmis 120).

90 Retten har endvidere på ingen måde krævet, at Kommissionen skal sikre, at de oplysninger, som den på den ene side skal give en afvist tilbudsgiver, og dem, den på den anden side skal forelægge Unionens retsinstanser, er helt identiske. Dermed er det tilsvarende argument udledt af dom af 14. oktober 2020, Close og Cegelec mod Parlamentet (C-447/19 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2020:826, præmis 43), uden betydning.

91 Det tredje anbringende skal følgelig forkastes i sin helhed som ugrundet.

Det andet anbringende om en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, idet Retten foretog en urigtig bedømmelse af indholdet af svaret af 20. juli 2020

– *Parternes argumentation*

92 Med det andet anbringende har Kommissionen gjort gældende, at Retten foretog en urigtig gengivelse af indholdet af svaret af 20. juli 2020, hvilket foranledigede den til med urette at fastslå, at Kommissionen havde tilsidesat sin begrundelsespligt i henhold til finansforordningens artikel 170, stk. 3. Efter i den appellerede doms præmis 8 med føje at have anført, at Kommissionen i dette svar havde meddelt, »at en detaljeret [finansiel] analyse af det bud, der var blevet valgt […], havde vist, at det var i overensstemmelse med markedsvilkårene i de lande, hvorfra kontrahenterne og deres underleverandører ville udføre de ønskede tjenesteydelser«, fastslog Retten med urette i denne doms præmis 61 og 68, at Kommissionen i nævnte svar blot med et udsagn konstaterede og begrundede, at det valgte tilbuds pris ikke var unormalt lav. Herved præciserede Kommissionen ikke grundene til denne konklusion over for S2 U-selskaberne, som havde fremsat en udtrykkelig anmodning herom.

93 Kommissionen har gjort gældende, at den i sit svar 20. juli 2020 ikke tog stilling til, om det valgte tilbud var unormalt lavt. Heri besvarede den blot det spørgsmål, som S2U-selskaberne havde stillet om social dumping, idet den erklærede, at en detaljeret analyse af det finansielle tilbud, som den havde valgt, havde vist, at det vindende tilbud var i overensstemmelse med markedsvilkårene i de lande, hvorfra kontrahenterne og deres underleverandører ville gennemføre tjenesteydelserne med CCN-udvikling.

94 Denne urigtige gengivelse af indholdet af svaret af 20. juli 2020, sammenholdt med den fejl, der blev begået ved kvalificeringen af anmodningen af 10. juli 2020, foranledigede Retten til med urette i den appellerede doms præmis 68 at fastslå, at Kommissionen havde tilsidesat sin begrundelsespligt.

95 S2U-selskaberne har gjort gældende, at dette anbringende skal forkastes som ugrundet.

– *Domstolens bemærkninger*

96 Med det andet anbringende har Kommissionen i det væsentlige gjort gældende, at eftersom S2 U-selskaberne ikke havde forelagt den en udtrykkelig anmodning om at få meddelt grundene til, at den havde fundet, at det valgte tilbud ikke var unormalt lavt, besvarede den blot S2 U-selskabernes anmodning med hensyn til, om der var risiko for social dumping. Retten fastslog følgelig med urette, at svaret af 20. juli 2020 konstaterede, at det valgte tilbud ikke var unormalt lavt, og den gengav derfor indholdet af dette svar urigtigt.

97 For så vidt som det fremgår af undersøgelsen af det første anbringende, at S2U-selskaberne rent faktisk forelagde Kommissionen en »udtrykkelig anmodning« vedrørende det valgte tilbuds unormalt lave karakter, skulle denne institution overholde de særlige begrundelseskrav, der følger af finansforordningens artikel 170, stk. 3, og punkt 23 i bilag I til denne forordning. Med henblik på at sikre den afviste tilbudsgivers ret til effektive retsmidler, der er sikret ved chartrets artikel 47, kunne Kommissionen som ordregivende myndighed således ikke blot med en overordnet affattelse og uden at give den mindste begrundelse herfor anføre, at det valgte tilbud ikke indebar en risiko for social dumping.

98 Det skal bemærkes, at den ret til effektive retsmidler, der er sikret ved chartrets artikel 47, i sig selv er tilstrækkelig og ikke skal præciseres ved bestemmelser i EU-retten eller i national ret for at tillægge private en ret, der som sådan kan påberåbes (dom af 17.4.2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, præmis 78, og af 14.7.2022, EPIC Financial Consulting, C-274/21 og C-275/21, EU:C:2022:565, præmis 83).

99 Selv hvis det antages, at Retten foretog en urigtig gengivelse af svaret af 20. juli 2020 ved at anse dette svar for blot at konstatere, at det valgte tilbuds pris ikke var unormalt lav, ville en sådan urigtig gengivelse således ikke kunne rejse tvivl om konstateringen i nærværende doms præmis 97, hvorefter Kommissionen skulle overholde de særlige begrundelseskrav, der følger af finansforordningens artikel 170, stk. 3, og punkt 23 i bilag I til denne forordning, og den ikke uden den mindste begrundelse blot kunne anføre, at det valgte tilbud ikke indebar en risiko for social dumping.

100 Det andet anbringende skal således forkastes som uvirksomt.

101 Eftersom ingen af Kommissionens tre anbringender er blevet taget til følge, forkastes appellen i det hele.

Sagsomkostninger

102 I henhold til procesreglementets artikel 184, stk. 2, træffer Domstolen afgørelse om sagsomkostningerne, såfremt appellen ikke tages til følge.

103 I henhold til procesreglementets artikel 138, stk. 1, der i medfør af samme reglements artikel 184, stk. 1, finder tilsvarende anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Da S2U-selskaberne har nedlagt påstand om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne, og sidstnævnte har tabt sagen, bør det pålægges Kommissionen at betale sagsomkostningerne.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Ottende Afdeling) for ret:

1) Appellen forkastes.

2) Europa-Kommissionen betaler sagsomkostningerne.

Underskrifter