ARREST VAN HET HOF (Achtste kamer)

11 mei 2023 *

„Hogere voorziening – Reglement voor de procesvoering van het Hof – Artikel 169 – Hogere voorziening tegen het dictum van de beslissing van het Gerecht – Overheidsopdrachten voor diensten – Aanbestedingsprocedure – Verordening (EU, Euratom) 2018/1046 – Artikel 170, lid 3 – Punt 23 van bijlage I – Afgewezen inschrijver die de Europese Commissie aanwijzingen heeft verstrekt over het abnormaal lage karakter van de gekozen offerte – Omvang van de motiveringsplicht van de aanbestedende dienst”

In zaak C-101/22 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 10 februari 2022,

Europese Commissie, vertegenwoordigd door L. André, M. Ilkova en O. Verheecke als gemachtigden,

rekwirante,

andere partijen in de procedure:

Sopra Steria Benelux, gevestigd te Brussel (België),

Unisys Belgium, gevestigd te Brussel,

vertegenwoordigd door L. Masson en G. Tilman, advocaten,

verzoeksters in eerste aanleg,

wijst

HET HOF (Achtste kamer),

samengesteld als volgt: M. Safjan, kamerpresident, N. Piçarra en M. Gavalec (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: A. Calot Escobar,

* Procestaal: Frans.

gezien de stukken,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

Arrest

1 Met haar hogere voorziening verzoekt de Europese Commissie om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 1 december 2021, Sopra Steria Benelux en Unisys Belgium/Commissie (T-546/20, EU:T:2021:846; hierna: „bestreden arrest"), houdende nietigverklaring van haar besluit van 2 juli 2020 tot afwijzing van de gezamenlijke offerte van Sopra Steria Benelux en Unisys Belgium (hierna samen: „vennootschappen S2U") voor perceel A in het kader van aanbestedingsprocedure TAXUD/2019/OP/0006, die betrekking heeft op diensten met het oog op de specificatie, de ontwikkeling, het onderhoud en de derdelijnsondersteuning van de IT-platforms van het directoraat-generaal Belastingen en Douane-unie, en tot gunning van de opdracht voor dit perceel aan het andere consortium dat hierop had ingeschreven (hierna: „litigieus besluit").

Toepasselijke bepalingen

Reglement voor de procesvoering van het Hof

2 Artikel 169 van het Reglement voor de procesvoering, met als opschrift „Conclusies, middelen en argumenten van de hogere voorziening", bepaalt:

„1. De conclusies van de hogere voorziening strekken tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van de beslissing van het Gerecht zoals deze in het dictum van deze beslissing voorkomt.

2. De aangevoerde middelen en argumenten rechtens moeten nauwkeurig aangeven tegen welke rechtsoverwegingen van de beslissing van het Gerecht zij zijn gericht."

3 Artikel 170 van het Reglement voor de procesvoering, „Conclusies in geval van toewijzing van de hogere voorziening", luidt in lid 1:

„De conclusies van de hogere voorziening strekken ertoe dat, ingeval deze wordt toegewezen, het in eerste aanleg gevorderde geheel of gedeeltelijk wordt toegewezen; nieuwe conclusies zijn niet toegelaten. In hogere voorziening mag het voorwerp van het geschil voor het Gerecht niet worden gewijzigd."

Financieel Reglement

4 Verordening (EU, Euratom) 2018/1046 van het Europees Parlement en de Raad van 18 juli 2018 tot vaststelling van de financiële regels van toepassing op de algemene begroting van de Unie, tot wijziging van verordeningen (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 en

besluit nr. 541/2014/EU en tot intrekking van verordening (EU, Euratom) nr. 966/2012 (PB 2018, L 193, blz. 1; hierna: „Financieel Reglement"), bepaalt in artikel 161, met het opschrift „Bijlage over aanbestedingen en bevoegdheidsdelegatie":

„In bijlage I bij deze verordening worden nadere regels voor aanbestedingen vastgesteld. Teneinde ervoor te zorgen dat instellingen van de Unie bij het gunnen van overeenkomsten voor eigen rekening dezelfde normen toepassen als die welke gelden voor aanbestedende diensten die vallen onder [richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (PB 2014, L 94, blz. 1) en richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65)], is de Commissie bevoegd overeenkomstig artikel 269 van deze verordening gedelegeerde handelingen vast te stellen om bijlage I bij deze verordening te wijzigen, teneinde deze aan te passen aan de wijzigingen van voornoemde richtlijnen en daarmee samenhangende technische aanpassingen aan te brengen."

5 Artikel 170 van het Financieel Reglement, „Gunningsbesluit en informatieverstrekking aan gegadigden en inschrijvers", bepaalt in de leden 2 en 3:

„2. De aanbestedende dienst deelt aan elke afgewezen gegadigde of inschrijver de redenen mee waarom zijn verzoek tot deelname of inschrijving is afgewezen evenals de duur van de in artikel 175, lid 2, en artikel 178, lid 1, bedoelde wachttermijn.

[…]

3. De aanbestedende dienst stelt op schriftelijk verzoek elke inschrijver die niet in een in artikel 136, lid 1, bedoelde uitsluitingssituatie verkeert, die niet overeenkomstig artikel 141 afgewezen is en waarvan de inschrijving conform is met de aanbestedingsstukken, in kennis van:

a) de naam van de inschrijver, of inschrijvers in het geval van een raamovereenkomst, aan wie de overeenkomst wordt gegund en, behalve in het geval van een specifieke overeenkomst in het kader van een raamovereenkomst met hernieuwde oproep tot mededinging, de kenmerken en relatieve voordelen van de geselecteerde inschrijving, de betaalde prijs of de waarde van de overeenkomst, naargelang wat passend is;

[…]

De aanbestedende dienst kan echter beslissen bepaalde informatie niet mee te delen indien bekendmaking ervan de rechtshandhaving zou belemmeren, in strijd zou zijn met het openbaar belang, afbreuk zou doen aan rechtmatige commerciële belangen van ondernemers of een eerlijke mededinging tussen hen zou vervalsen."

6 Punt 23 van bijlage I bij het Financieel Reglement, „Abnormaal lage inschrijvingen", luidt als volgt:

„23.1. Indien de in een inschrijving voorgestelde prijs of kosten abnormaal laag lijkt/lijken in verhouding tot de overeenkomst, verzoekt de aanbestedende dienst schriftelijk om toelichting van de bestanddelen van de prijs of de kosten die hij dienstig acht en stelt hij de inschrijver in de gelegenheid opmerkingen te maken.

De aanbestedende dienst kan met name rekening houden met opmerkingen in verband met:

a) de economische aspecten van het fabricageprocedé, de dienstverrichting of de bouwmethode;

b) de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren;

c) de originaliteit van de inschrijving;

d) de inachtneming van de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht door de inschrijver;

e) de inachtneming van de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht door subcontractanten;

f) de eventuele ontvangst van staatssteun door de inschrijver met inachtneming van de toepasselijke regels.

23.2. De aanbestedende dienst wijst de inschrijving alleen af wanneer de lage aangerekende prijzen of kosten niet genoegzaam [worden] gestaafd door het verstrekte bewijsmateriaal.

De aanbestedende dienst wijst de inschrijving af wanneer hij heeft vastgesteld dat de inschrijving abnormaal laag is omdat zij niet voldoet aan de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht.

[…]”

Voorgeschiedenis van het geding

7 De voorgeschiedenis van het geding wordt als volgt uiteengezet in de punten 1 tot en met 8 van het bestreden arrest:

„1 Op 6 december 2019 heeft de Europese Commissie een aankondiging van een overheidsopdracht bekendgemaakt in het *Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie* (PB 2019/S 236-577462). Deze aankondiging betrof de aanbesteding met referentie TAXUD/2019/OP/0006 voor diensten met het oog op de specificatie, de ontwikkeling, het onderhoud en de derdelijnsondersteuning van de IT-platforms van het directoraat-generaal Belastingen en Douane-unie van de Commissie. Deze opdracht bestond uit twee percelen, namelijk perceel A, ‚Ontwikkelingsdiensten voor het CCN/CSI-platform’, en perceel B, ‚Ontwikkelingsdiensten voor de platforms CCN2(ng), SPEED2(ng), CDCO/TSOAP en SSV’, en had als gunningscriterium de beste prijs-kwaliteitverhouding, waarbij de technische kwaliteit en de prijs respectievelijk voor 70 % en 30 % meetelden bij de beoordeling van de offerten. Voor elk van deze twee percelen moest de Commissie met de inschrijver met de beste prijs-kwaliteitverhouding een raamovereenkomst sluiten voor een duur van 36 maanden, die driemaal kon worden verlengd voor opeenvolgende perioden van 12 maanden, op voorwaarde dat deze inschrijver voldeed aan bepaalde minimumcriteria inzake ontvankelijkheid, niet-uitsluiting, capaciteit en conformiteit van de offerte.

2 Op 27 februari 2020 hebben [de vennootschappen S2U] een gezamenlijke offerte ingediend in het kader van een door Sopra geleid consortium. De enige andere offerte voor perceel A die binnen de termijn werd ingediend, was die van het consortium ARHS-IBM, bestaande uit ARHS Developments SA en International Business Machines of Belgium SA.

3 Bij brief van 2 juli 2020 heeft de Commissie [de vennootschappen S2U] in kennis gesteld van de afwijzing van hun offerte voor perceel A, op grond dat deze niet de economisch meest voordelige offerte was, en van de gunning van de opdracht aan een andere inschrijver […]. Zij heeft een uittreksel uit het beoordelingsrapport van hun offerte bijgevoegd waarin de hun toegekende scores waren vermeld, vergezeld van toelichtingen, en hen ervan in kennis gesteld dat de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, de waarde van de overeenkomst alsmede de naam van de inschrijver aan wie de opdracht was gegund, hun op schriftelijk verzoek konden worden toegezonden. [De vennootschappen S2U] hebben diezelfde dag een dergelijk verzoek ingediend.

4 Uit het uittreksel uit het beoordelingsrapport blijkt dat de offerte van [de vennootschappen S2U] een totaalscore van 90,81 punten heeft gekregen, […]

[…]

5 Bij brief van 3 juli 2020 heeft de Commissie [de vennootschappen S2U] meegedeeld dat de overeenkomst was gegund aan het consortium ARHS-IBM en hun een uittreksel uit het beoordelingsrapport van de offerte van dit consortium toegestuurd, met daarin de aan dat consortium toegekende scores, vergezeld van toelichtingen.

6 Uit dit uittreksel blijkt dat de offerte van de gekozen inschrijver een totaalscore van 98,53 punten heeft gekregen […]

[…]

7 Bij brief van 10 juli 2020 [(hierna: ‚verzoek van 10 juli 2020')] hebben [de vennootschappen S2U] de uitkomst van de aanbestedingsprocedure betwist en hebben zij, wat de in de gekozen offerte vermelde prijs betreft, twijfels geuit over het feit dat een prijs die aanzienlijk lager was dan de door hen voorgestelde prijs, die zij als redelijk en marktconform beschouwden, haalbaar kon zijn zonder risico van ‚sociale dumping'. Aldus hebben zij de aanbestedende dienst met name verzocht te bevestigen dat hij had nagegaan dat de offerte van de gekozen inschrijver geen enkel risico in die zin inhield.

8 Bij brief van 20 juli 2020 [(hierna: ‚antwoord van 20 juli 2020')] heeft de Commissie met name geantwoord dat uit een gedetailleerde financiële analyse van de gekozen offerte was gebleken dat deze in overeenstemming was met de marktvoorwaarden van de landen van waaruit de contractanten en hun onderaannemers de gevraagde diensten zouden uitvoeren."

Beroep bij het Gerecht en bestreden arrest

8 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 2 september 2020, hebben de vennootschappen S2U beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit ingesteld.

9 Ter ondersteuning van hun beroep hebben zij twee middelen aangevoerd. Het eerste middel betreft schending van punt 23 van bijlage I bij het Financieel Reglement en een kennelijke beoordelingsfout; het tweede betreft ontoereikende motivering van het litigieuze besluit met betrekking tot het eventuele abnormaal lage karakter van de gekozen offerte.

10 Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht het tweede middel, dat het als eerste had onderzocht, toegewezen.

11 In de punten 38 tot en met 54 van het bestreden arrest heeft het Gerecht een overzicht gegeven van de regels inzake de motiveringsplicht van de aanbestedende dienst in procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten van de Unie, zoals die hoofdzakelijk voortvloeien uit artikel 170 van het Financieel Reglement en punt 23 van bijlage I daarbij, alsmede uit de relevante rechtspraak.

12 Meer in het bijzonder volgt uit de punten 47 tot en met 49 van dat arrest dat de aanbestedende dienst in twee fasen beoordeelt of er sprake is van een abnormaal lage offerte. In eerste instantie beoordeelt de aanbestedende dienst prima facie, en niet op basis van een gedetailleerde analyse van de samenstelling van elke offerte, of de in de offerte voorgestelde prijs of kosten abnormaal laag „lijkt/lijken". Als er geen aanwijzingen zijn die het vermoeden kunnen wekken dat de offerte abnormaal laag zou kunnen zijn, mag de aanbestedende dienst doorgaan met de evaluatie en de procedure tot gunning van de opdracht. Indien er daarentegen wel sprake is van dergelijke aanwijzingen, moet de aanbestedende dienst in tweede instantie de samenstelling van de offerte meer in detail onderzoeken om zich ervan te vergewissen dat deze niet abnormaal laag is. Te dien einde moet hij eerst de betrokken inschrijver de mogelijkheid bieden om uiteen te zetten waarom zijn offerte volgens hem niet abnormaal laag is. De aanbestedende dienst moet vervolgens de verstrekte verklaringen beoordelen en bepalen of de betrokken offerte abnormaal laag is, in welk geval hij deze moet afwijzen.

13 In de punten 51 tot en met 53 van dat arrest heeft het Gerecht eraan herinnerd dat de motiveringsplicht die op de aanbestedende dienst rust wanneer hij van mening is dat de gekozen offerte niet abnormaal laag lijkt, een beperkte omvang heeft. In het bijzonder is een aanbestedende dienst, wanneer hij een offerte kiest, niet verplicht om in antwoord op elk verzoek om motivering dat overeenkomstig artikel 170, lid 3, van het Financieel Reglement bij hem wordt ingediend, uitdrukkelijk aan te geven waarom die offerte hem niet abnormaal laag leek. Uit het feit dat een offerte is gekozen, volgt immers impliciet maar noodzakelijkerwijs dat er geen aanwijzingen waren waaruit bleek dat deze offerte abnormaal laag was. Daarentegen moet wel een uitdrukkelijke motivering ter kennis worden gebracht van een afgewezen inschrijver die daar uitdrukkelijk om verzoekt, teneinde hem te informeren over een belangrijk aspect van de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte in de zin van artikel 170, lid 3, van het Financieel Reglement. In dit verband heeft het Gerecht in punt 54 van voornoemd arrest geoordeeld dat het niet voldoende is dat de aanbestedende dienst zich beperkt tot de vaststelling dat de in het kader van de gunningsprocedure gekozen offerte niet abnormaal laag is.

14 In punt 55 van het bestreden arrest heeft het Gerecht opgemerkt dat in casu de Commissie zich ertoe heeft beperkt, eerst de vennootschappen S2U – overeenkomstig artikel 170 van het Financieel Reglement en punt 31 van bijlage I daarbij – mee te delen dat hun offerte was afgewezen en daaraan een uittreksel uit het rapport van het evaluatiecomité betreffende hun offerte toe te voegen, en vervolgens, na een schriftelijk verzoek van die vennootschappen, hun de naam van de gekozen inschrijver, de prijs van de gekozen offerte, de financiële score en de

prijs-kwaliteitverhouding ervan, zoals uitgedrukt in de eindscore, mee te delen. Volgens het Gerecht zagen de aldus meegedeelde details geenszins op het onderzoek van het eventuele abnormaal lage karakter van de prijs van de gekozen offerte.

15 In punt 59 van dit arrest heeft het Gerecht eraan herinnerd dat de opdracht aan de gekozen inschrijver is gegund wegens het aanzienlijke verschil tussen de door de vennootschappen S2U en die inschrijver voorgestelde prijzen. Zoals in herinnering is gebracht in punt 56 van dat arrest, hebben de vennootschappen S2U in deze context de Commissie verzocht om met name te bevestigen dat zij had nagegaan dat de gekozen offerte, gelet op de prijs ervan, geen risico van „sociale dumping" noch risico's voor de uitvoering van de overeenkomst inhield.

16 In de punten 57 en 66 van het bestreden arrest heeft het Gerecht opgemerkt dat de vennootschappen S2U weliswaar niet uitdrukkelijk het begrip „abnormaal lage offerte" hadden gehanteerd, maar wel duidelijk hadden gewezen op de mogelijke gevolgen die inherent zijn aan de indiening van een dergelijke offerte, namelijk een risico van sociale dumping en een risico op het vlak van de continuïteit van de dienstverlening.

17 In punt 58 van dat arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat de Commissie in haar antwoord van 20 juli 2020 enkel had gesteld dat uit een gedetailleerde financiële analyse van de offerte van de gekozen inschrijver was gebleken dat deze in overeenstemming was met de marktvoorwaarden van de landen van waaruit de contractanten en hun onderaannemers de gevraagde diensten zouden verrichten.

18 In de punten 60 en 61 van dat arrest was het Gerecht van oordeel dat een dergelijke vaststelling ontoereikend was, gelet op het feit dat er maar twee offerten voor perceel A waren ingediend en er dus slechts één vergelijkingsbasis was om te bepalen of er een aanwijzing was dat de prijs van de gekozen offerte als abnormaal laag kon worden beschouwd. Aangezien het prijscriterium doorslaggevend was voor de rangschikking van de offerten en het enige voordeel van de gekozen offerte de prijs ervan was, had de Commissie immers op zijn minst informatie moeten verstrekken over het percentage van de opdracht dat in onderaanneming zou worden uitgevoerd en over de landen van waaruit de betrokken diensten zouden worden uitgevoerd.

19 Indien de Commissie deze informatie had meegedeeld – zoals zij in haar verweerschrift en ter terechtzitting voor het Gerecht heeft gedaan – hadden de vennootschappen S2U het prijsverschil tussen de twee offerten beter kunnen begrijpen. Met dergelijke informatie zouden zij ook voldoende gegevens hebben gehad om te begrijpen waarom de Commissie van mening was dat de gekozen offerte niet abnormaal laag leek, en hadden zij dus de gegrondheid van deze beoordeling eventueel kunnen betwisten.

20 In punt 68 van voornoemd arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat niet kan worden aanvaard dat een aanbestedende dienst zich met louter een beroep op punt 23.1 van bijlage I bij het Financieel Reglement onttrekt aan de in artikel 170, lid 3, van dit reglement gestelde verplichting om een afgewezen inschrijver die een schriftelijk verzoek daartoe indient, in kennis te stellen van de kenmerken en voordelen van de gekozen offerte, waaronder de redenen waarom deze offerte niet abnormaal laag leek. Volgens het Gerecht kon de Commissie zich dus niet beperken tot de vaststelling dat de gekozen offerte haar niet abnormaal laag leek, zonder de vennootschappen S2U – die daar uitdrukkelijk om hadden verzocht – mee te delen op welke gronden zij tot die conclusie was gekomen.

21 Ten slotte heeft het Gerecht in punt 69 van het bestreden arrest erop gewezen dat de Commissie te laat een aantal toelichtingen heeft verstrekt in de loop van het geding, volgens welke een groot deel van de in de gekozen offerte voorgestelde diensten zouden worden uitbesteed, voornamelijk in Griekenland en Roemenië, zodat het aanzienlijke prijsverschil tussen de ingediende offerten wordt verklaard door het verschil in salaris tussen de verschillende plaatsen waar de prestaties zouden worden verricht. Het Gerecht heeft eraan herinnerd dat alleen rekening kon worden gehouden met de informatie die de vennootschappen S2U vóór de instelling van het beroep bij het Gerecht hadden ontvangen, aangezien de motivering in beginsel niet voor het eerst en a posteriori voor de rechter mag worden uiteengezet.

22 Gelet op de voorgaande overwegingen heeft het Gerecht in de punten 70 en 71 van dat arrest geoordeeld dat de vennootschappen S2U, gelet op de informatie die de Commissie hun had verstrekt, geen kennis hadden kunnen nemen van alle informatie over de samenstelling van de offerte van de gekozen inschrijver op grond waarvan de Commissie kon overwegen dat deze offerte niet abnormaal laag leek. Het Gerecht heeft dan ook het tweede middel van de vennootschappen S2U toegewezen en het litigieuze besluit nietig verklaard, en het niet noodzakelijk geacht om het eerste middel van het beroep te onderzoeken.

Conclusies van partijen

23 Met haar hogere voorziening verzoekt de Commissie het Hof:

– de punten 52 tot en met 57, 60, 61, 66, 68 en 69 van het bestreden arrest te vernietigen;

– de vordering tot nietigverklaring te verwerpen, en

– de vennootschappen S2U te verwijzen in de kosten van de onderhavige procedure bij het Hof en in die van de procedure bij het Gerecht.

24 In haar memorie van repliek verzoekt de Commissie het Hof ook:

– de hogere voorziening in haar geheel ontvankelijk te verklaren, en

– het bestreden arrest te vernietigen.

25 De vennootschappen S2U verzoeken het Hof:

– primair, de hogere voorziening volledig af te wijzen en de Commissie te verwijzen in alle kosten van de procedure, en

– subsidiair, indien de hogere voorziening gegrond wordt verklaard, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht.

Hogere voorziening

Door de vennootschappen S2U opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid

Argumenten van partijen

26 De vennootschappen S2U betogen dat de hogere voorziening niet-ontvankelijk is omdat de Commissie de artikelen 169 en 170 van het Reglement voor de procesvoering heeft geschonden. De Commissie vordert immers alleen vernietiging van de punten 52 tot en met 57, 60, 61, 66, 68 en 69 van het bestreden arrest, zonder dus te verzoeken om gehele of gedeeltelijke vernietiging van de beslissing van het Gerecht zoals deze in het dictum van dat arrest voorkomt in de zin van artikel 169, lid 1, van dat Reglement.

27 De Commissie betwist evenmin de punten 70 en 71 van het bestreden arrest en moet dus worden geacht daarmee te hebben ingestemd. Deze punten bevatten de conclusie van de redenering die in essentie het Gerecht ertoe heeft gebracht vast te stellen, ten eerste, dat de vennootschappen S2U geen kennis hebben kunnen nemen van de informatie over de samenstelling van de offerte van de gekozen inschrijver op grond waarvan de Commissie heeft overwogen dat deze offerte niet abnormaal laag leek en, ten tweede, dat de Commissie de redenen die deze conclusie konden rechtvaardigen onvoldoende had uiteengezet, zodat het litigieuze besluit nietig moest worden verklaard zonder dat het eerste middel hoefde te worden onderzocht.

28 De vennootschappen S2U concluderen ook tot niet-ontvankelijkheid van de nieuwe vordering, die de Commissie in haar memorie van repliek heeft geformuleerd en die ertoe strekt, ten eerste, de hogere voorziening in haar geheel ontvankelijk te verklaren en, ten tweede, het bestreden arrest te vernietigen.

29 De Commissie concludeert tot verwerping van deze exceptie van niet-ontvankelijkheid.

Beoordeling door het Hof

30 Vooraf moet worden opgemerkt dat, zoals de Commissie in haar memorie van repliek betoogt, de vennootschappen S2U geen enkel argument aanvoeren ter onderbouwing van een schending van artikel 170 van het Reglement voor de procesvoering. Hieruit volgt dat de exceptie van niet-ontvankelijkheid alleen in het licht van artikel 169 van dit Reglement moet worden onderzocht.

31 In dit verband bevat artikel 170, lid 1, het fundamentele beginsel dat de hogere voorziening moet zijn gericht tegen het dictum van de beslissing van het Gerecht en niet uitsluitend ertoe kan strekken dat bepaalde overwegingen van die beslissing worden gewijzigd (zie in die zin arresten van 15 november 2012, Al-Aqsa/Raad en Nederland/Al-Aqsa, C-539/10 P en C-550/10 P, EU:C:2012:711, punten 43-45, en 16 juli 2020, Inclusion Alliance for Europe/Commissie, C-378/16 P, EU:C:2020:575, punt 57). Het Hof heeft echter ook gepreciseerd dat overdreven formalisme bij de toepassing van deze regel in strijd zou zijn met die rechtspraak (zie in die zin arrest van 16 juli 2020, Inclusion Alliance for Europe/Commissie, C-378/16 P, EU:C:2020:575, punten 59 en 60).

32 In casu heeft de Commissie, in het onderdeel van haar hogere voorziening met als opschrift „Conclusies", het Hof enkel verzocht om de punten 52 tot en met 57, 60, 61, 66, 68 en 69 van het bestreden arrest te vernietigen, het door de vennootschappen S2U bij het Gerecht ingestelde beroep tot nietigverklaring te verwerpen en de vennootschappen S2U te verwijzen in alle kosten.

33 Uit het voorblad van de door de Commissie ingestelde hogere voorziening blijkt echter duidelijk dat zij formeel vernietiging van het bestreden arrest vordert. Bovendien heeft de Commissie weliswaar in de slotalinea van haar hogere voorziening niet uitdrukkelijk om vernietiging van dit arrest verzocht, maar heeft zij wel aan het einde van de uiteenzettingen die zijn gewijd aan elk van de drie ter onderbouwing van haar hogere voorziening aangevoerde middelen aangegeven welke punten van dat arrest volgens haar blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting en daar uitdrukkelijk uit afgeleid dat ook punt 1 van het dictum van dat arrest moest worden vernietigd voor zover de betrokken punten dienden ter ondersteuning daarvan.

34 Hoewel de conclusies van de hogere voorziening stricto sensu niet uitdrukkelijk strekken tot vernietiging van punt 1 van het dictum van het bestreden arrest, kunnen zij in deze omstandigheden niet anders worden opgevat dan dat zij in wezen hetzelfde resultaat beogen. In dit verband blijkt uit de memories van antwoord en dupliek van de vennootschappen S2U duidelijk dat zij de redenering van de Commissie in haar hogere voorziening en de gevolgen daarvan voor punt 1 van het dictum van het bestreden arrest perfect hebben begrepen.

35 Het argument dat de Commissie heeft nagelaten om de punten 70 en 71 van dat arrest te betwisten, kan niet slagen. Deze twee rechtsoverwegingen zijn immers slechts van erkennende aard en bevatten enkel de gevolgtrekkingen van de punten waartegen de Commissie uitdrukkelijk is opgekomen. Ook al had het de voorkeur verdiend dat de Commissie ook deze punten zou hebben betwist, kan dit nalaten dus geen gevolgen hebben.

36 Bijgevolg moet de door de vennootschappen S2U opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid worden verworpen.

Ten gronde

37 Ter onderbouwing van haar hogere voorziening voert de Commissie drie middelen aan. Met haar eerste middel verwijt zij het Gerecht blijk te hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het verzoek van 10 juli 2020 te kwalificeren als een „uitdrukkelijk verzoek" om te vernemen welke redenen de aanbestedende dienst ertoe hebben gebracht de gekozen offerte niet als abnormaal laag te beschouwen. Volgens het tweede middel is de inhoud van het antwoord van 20 juli 2020 onjuist opgevat. Met haar derde middel beroept de Commissie zich op miskenning van de omvang van de motiveringsplicht die krachtens artikel 296 VWEU en artikel 170, lid 3, van het Financieel Reglement op de aanbestedende dienst rust.

Eerste middel: onjuiste rechtsopvatting van het Gerecht door de kwalificatie van het verzoek van 10 juli 2020 als een „uitdrukkelijk verzoek" om te vernemen om welke redenen de aanbestedende dienst de gekozen offerte niet als abnormaal laag heeft beschouwd

– *Argumenten van partijen*

38 In het kader van haar eerste middel betoogt de Commissie dat de punten 52 tot en met 57 van het bestreden arrest een tegenstrijdigheid bevatten die heeft geleid tot een onjuiste juridische kwalificatie van de feiten door het Gerecht in de punten 66 en 68 ervan.

39 Volgens de Commissie volgt namelijk uit het arrest van 4 juli 2017, European Dynamics Luxembourg e.a./Spoorwegbureau van de Europese Unie (T-392/15, EU:T:2017:462, punt 93), dat de aanbestedende dienst alleen op uitdrukkelijk verzoek van een inschrijver, dat wil zeggen een verzoek waarin uitdrukkelijk het abnormaal lage karakter van de gekozen offerte wordt genoemd, hoeft te rechtvaardigen om welke reden de gekozen offerte hem niet abnormaal laag lijkt.

40 Dit vereiste van een uitdrukkelijk verzoek, dat in de punten 52 en 63 tot en met 65 van het bestreden arrest wordt benadrukt, is in casu niet vervuld, aangezien het Gerecht in punt 57 van dat arrest heeft vastgesteld dat „[de vennootschappen S2U] het begrip ‚abnormaal lage offerte' niet uitdrukkelijk hebben gehanteerd" in het verzoek van 10 juli 2020.

41 Volgens de Commissie kan het feit dat een inschrijver wijst op „de mogelijke gevolgen die inherent zijn aan de indiening van een abnormaal lage offerte, namelijk een risico van sociale dumping […] alsmede een risico op het vlak van de continuïteit van de dienstverlening", niet worden gelijkgesteld met een uitdrukkelijk verzoek, noch volstaan om voor de aanbestedende dienst de verplichting te doen ontstaan om te motiveren waarom een offerte hem niet abnormaal laag leek. De twee genoemde risico's kunnen immers niet worden gelijkgesteld met het begrip „abnormaal lage offerte" en zijn evenmin gelijkwaardig aan dat begrip.

42 In dit verband wordt het begrip „sociale dumping"– dat niet is omschreven in het Unierecht – niet vermeld in punt 23.1 van bijlage I bij het Financieel Reglement, waarin de factoren worden opgesomd die in aanmerking moeten worden genomen om te beoordelen of een offerte abnormaal laag is. Verder hebben de vennootschappen S2U in hun verzoek van 10 juli 2020 weliswaar gewezen op het risico op het vlak van de continuïteit van de dienstverlening, maar wordt dit risico evenmin genoemd in die bepaling. Bovendien hebben de vennootschappen S2U de aanbestedende dienst alleen gevraagd of er sprake was van een risico van sociale dumping.

43 Het Gerecht verplicht de aanbestedende dienst bijgevolg om, zelfs wanneer er geen uitdrukkelijk verzoek bij hem wordt ingediend, de door de inschrijver gestelde vragen teleologisch uit te leggen, in plaats van uit te gaan van een letterlijke uitlegging van die vragen overeenkomstig het arrest van 26 april 2018, European Dynamics Luxembourg en Evropaïki Dynamiki/Commissie (T-752/15, niet gepubliceerd, EU:T:2018:233, punten 78-81). Deze nieuwe uitlegging leidt bovendien tot rechtsonzekerheid, aangezien de aanbestedende diensten niet weten of zij elk verzoek waarin er sprake is van een van de „mogelijke gevolgen van de abnormaal lage offerte" moeten gelijkstellen met een uitdrukkelijk verzoek om kennis te nemen van de redenen waarom de aanbestedende dienst niet twijfelde of de gekozen offerte abnormaal laag was.

44 Voorts heeft de Commissie niet ingestemd met de kwalificatie, in de punten 66 en 68 van het bestreden arrest, van het verzoek van 10 juli 2020 als een uitdrukkelijk verzoek dat ziet op het abnormaal lage karakter van een offerte.

45 De vennootschappen S2U betogen dat het eerste middel van de hogere voorziening niet-ontvankelijk is voor zover het Hof daarmee wordt verzocht over te gaan tot een feitelijke beoordeling van het begrip „uitdrukkelijk verzoek". Subsidiair moet dit middel volgens hen ongegrond worden verklaard.

– *Beoordeling door het Hof*

46 Met haar eerste middel, dat is gericht tegen de punten 52 tot en met 57, 66 en 68 van het bestreden arrest, stelt de Commissie in essentie dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het verzoek van 10 juli 2020 te beschouwen als een verzoek dat uitdrukkelijk ertoe strekt dat de aanbestedende dienst uiteenzet om welke redenen de gekozen offerte hem niet abnormaal laag leek.

47 Voor zover de vennootschappen S2U betogen dat het eerste middel niet-ontvankelijk is omdat het Hof daarmee wordt verzocht over te gaan tot een feitelijke beoordeling van het begrip „uitdrukkelijk verzoek", moet eraan worden herinnerd dat de juridische kwalificatie van een feit of van een handeling door het Gerecht een rechtsvraag is die in het kader van een hogere voorziening aan de orde kan worden gesteld (arresten van 19 oktober 1995, Rendo e.a./Commissie, C-19/93 P, EU:C:1995:339, punt 26, en 12 mei 2022, Klein/Commissie, C-430/20 P, EU:C:2022:377, punt 41). Hieruit volgt dat de vraag of het verzoek van 10 juli 2020 een „uitdrukkelijk" verzoek vormt, te weten een verzoek dat betrekking heeft op de redenen waarom de aanbestedende dienst de gekozen offerte niet als abnormaal laag in de zin van artikel 170, lid 3, onder a), van het Financieel Reglement juncto punt 23 van bijlage I daarbij heeft beschouwd, een rechtsvraag is die in het stadium van de hogere voorziening kan worden onderzocht. Bijgevolg is dit middel ontvankelijk.

48 Ten gronde zij opgemerkt dat artikel 170, lid 3, onder a), van het Financieel Reglement elke inschrijver die niet in een uitsluitingssituatie verkeert, die niet overeenkomstig artikel 141 afgewezen is en waarvan de offerte conform is met de aanbestedingsstukken, de mogelijkheid biedt om de aanbestedende dienst schriftelijk te verzoeken om informatie zoals de naam van de inschrijver aan wie de opdracht is gegund, de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, en, naargelang het geval, de betaalde prijs of de waarde van de opdracht.

49 Een afgewezen inschrijver kan dus gebruikmaken van de door die bepaling geboden mogelijkheid om de aanbestedende dienst te verzoeken te rechtvaardigen waarom hij de gekozen offerte niet als een abnormaal lage offerte in de zin van punt 23 van bijlage I bij dat reglement heeft beschouwd. Een dergelijk verzoek kan nuttig zijn aangezien de aanbestedende dienst bij de keuze van een offerte wordt geacht, althans impliciet, te hebben geoordeeld dat er geen aanwijzingen waren dat deze abnormaal laag was.

50 De mogelijkheid die aldus wordt geboden door artikel 170, lid 3, onder a), van het Financieel Reglement, juncto punt 23 van bijlage I daarbij, strekt ertoe elke inschrijver die in de laatste fase van een aanbestedingsprocedure wordt afgewezen te beschermen tegen willekeurig optreden van de aanbestedende dienst en een gezonde mededinging tussen de inschrijvers te waarborgen (zie naar analogie arrest van 27 november 2001, Lombardini en Mantovani, C-285/99 en C-286/99, EU:C:2001:640, punten 44 en 57).

51 Het Gerecht heeft dus in punt 52 van het bestreden arrest terecht geoordeeld dat een aanbestedende dienst alleen verplicht is om uitdrukkelijk aan te geven waarom de door hem gekozen offerte hem niet abnormaal laag leek indien een afgewezen inschrijver daar uitdrukkelijk om heeft verzocht.

52 Hoewel het in dit verband de voorkeur verdient dat een dergelijke inschrijver letterlijk verwijst naar het begrip „abnormaal lage inschrijving" in de zin van punt 23 van bijlage I bij het Financieel Reglement wanneer hij de aanbestedende dienst hierover vragen wil stellen, is een uitdrukkelijke verwijzing naar dat begrip niet noodzakelijk. Ten eerste betekent het feit dat op grond van artikel 170, lid 3, onder a), van dit reglement een „uitdrukkelijk verzoek" moet worden gedaan, immers niet dat dit verzoek expliciet de uitdrukking „abnormaal lage inschrijving" moet bevatten. Ten tweede hanteert artikel 170, lid 3, onder a), van dat reglement deze uitdrukking niet rechtstreeks maar wel de algemene bewoordingen „kenmerken en relatieve voordelen van de geselecteerde inschrijving", zodat het volstaat dat het uitdrukkelijke verzoek voldoende nauwkeurig en duidelijk ziet op dergelijke kenmerken en voordelen, zonder noodzakelijkerwijs de exacte terminologie van andere bepalingen van het Financieel Reglement te hanteren.

53 Niettemin is het van cruciaal belang dat het verzoek van de afgewezen inschrijver zodanig wordt geformuleerd dat er geen twijfel bestaat over zijn bedoeling om de aanbestedende dienst ertoe te brengen te rechtvaardigen waarom hij de gekozen offerte niet als abnormaal laag heeft beschouwd. Dit is het geval wanneer, zoals in casu, een afgewezen inschrijver de aanbestedende dienst wijst op twee welbekende mogelijke gevolgen van de keuze voor een abnormaal lage offerte, zoals het risico van sociale dumping en het risico dat de continuïteit van de dienstverlening in gevaar komt.

54 Het verband tussen dergelijke risico's en het begrip „abnormaal lage offerte" blijkt duidelijk uit punt 23.1, onder a), b), d) en e), van bijlage I bij het Financieel Reglement, dat in dit verband bepaalt dat de aanbestedende dienst, om te bepalen of een offerte niet abnormaal laag is, met name rekening kan houden met de economische aspecten van het fabricageprocedé, de dienstverrichting of de bouwmethode, met de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren, alsmede met de inachtneming van de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht door de inschrijver of zijn onderaannemers.

55 Bijgevolg heeft het Gerecht in de punten 56 en 57 van het bestreden arrest terecht geoordeeld dat de vennootschappen S2U duidelijk hadden gewezen op de mogelijke gevolgen die inherent zijn aan de indiening van een abnormaal lage offerte. Om tot deze vaststelling te komen heeft het Gerecht opgemerkt dat de vennootschappen S2U hadden gewezen op de realistische en concurrerende prijs van hun eigen offerte in het licht van de marktomstandigheden, hun ervaring als medecontractanten van de Commissie en de risico's voor de uitvoering van de overeenkomst die een offerte met een aanzienlijk lagere prijs dan die van hun eigen offerte zou meebrengen.

56 Voorts heeft het Gerecht benadrukt dat de vennootschappen S2U de Commissie met name hadden verzocht te bevestigen dat zij had nagegaan dat de gekozen offerte, gelet op de prijs ervan, geen enkel risico van „sociale dumping" inhield. Aldus heeft het Gerecht terecht geoordeeld dat de vennootschappen S2U wilden benadrukken dat de gekozen offerte de wetgeving van de landen waar de diensten zouden moeten worden uitgevoerd, mogelijkerwijs niet naleefde wat betreft de bezoldiging van het personeel, de bijdragen aan het socialezekerheidsstelsel en de normen inzake veiligheid en gezondheid op het werk, waardoor deze offerte ook een risico op het vlak van de continuïteit van de dienstverlening kon meebrengen.

57 Bijgevolg heeft het Gerecht geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de punten 66 en 68 van het bestreden arrest het verzoek van 10 juli 2020 te kwalificeren als een „uitdrukkelijk verzoek" dat betrekking heeft op de redenen waarom de aanbestedende dienst de gekozen offerte niet als abnormaal laag heeft beschouwd.

58 Het eerste middel moet derhalve ongegrond worden verklaard.

Derde middel: miskenning van de omvang van de motiveringsplicht van de aanbestedende dienst krachtens artikel 296 VWEU en artikel 170, lid 3, van het Financieel Reglement

– *Argumenten van partijen*

59 De Commissie stelt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de omvang van de motiveringsplicht die krachtens artikel 296 VWEU en artikel 170, lid 3, van het Financieel Reglement op de aanbestedende dienst rust, te miskennen.

60 In de eerste plaats betoogt de Commissie dat de redenering van het Gerecht in enerzijds de punten 51 en 52 van dat arrest en anderzijds de punten 53, 54, 60, 61 en 68 ervan, tegenstrijdigheden bevat met betrekking tot de omvang van de motiveringsplicht en leidt tot een onjuiste opvatting van de beoordeling in twee fasen door de aanbestedende dienst van offerten die abnormaal laag lijken, zoals bepaald in punt 23 van bijlage I bij het Financieel Reglement. Door een zo ruime motiveringsplicht op te leggen, overschrijdt het Gerecht bovendien de voorschriften van artikel 170, lid 3, van dit reglement, waarin het abnormaal lage karakter van een offerte niet als onderdeel van de motivering wordt vermeld.

61 In punt 51 van dat arrest bevestigt het Gerecht dat de motiveringsplicht in de eerste fase van de analyse, namelijk wanneer de aanbestedende dienst van mening is dat de gekozen offerte niet abnormaal laag lijkt, slechts een beperkte omvang heeft. Indien een ruimere omvang zou worden toegekend aan de motiveringsplicht in deze fase van de analyse, die op een prima-faciebeoordeling berust, zou er sprake zijn van een probatio diabolica voor de aanbestedende dienst.

62 De aanbestedende dienst is dus alleen in geval van twijfel over het abnormaal lage karakter van de offerte verplicht om de betrokken inschrijver te raadplegen teneinde meer gegevens over de samenstelling van de prijs en de kosten te verkrijgen. Aangezien de aanbestedende dienst in deze tweede fase van de analyse de offerte in detail heeft kunnen onderzoeken, geldt in dit stadium een volledige motiveringsplicht, zoals het Gerecht heeft geoordeeld in het arrest van 4 juli 2017, European Dynamics Luxembourg e.a./Spoorwegbureau van de Europese Unie (T-392/15, EU:T:2017:462, punt 91).

63 Het Gerecht heeft echter, in strijd met de in punt 51 van het bestreden arrest benadrukte beperkte omvang van de motiveringsplicht, in de laatste volzin van punt 52 van dat arrest geoordeeld dat wanneer de offerte niet abnormaal laag lijkt, de redenen daarvoor moeten worden meegedeeld indien de aanbestedende dienst daar uitdrukkelijk om wordt verzocht, en dat deze redenen en de daaraan ten grondslag liggende redenering kenmerken en voordelen in de zin van artikel 170, lid 3, van het Financieel Reglement vormen. De redenering van het Gerecht is tegenstrijdig, aangezien zij inhoudt dat een eenvoudig uitdrukkelijk verzoek van een afgewezen inschrijver betreffende het abnormaal lage karakter van een offerte leidt tot de opheffing van elk onderscheid tussen de omvang van de motiveringsplicht in de eerste fase, die beweerdelijk beperkt is, en die in de tweede fase van de analyse, waarin de redenen en de redenering moeten worden verstrekt.

64 Deze tegenstrijdigheid heeft het Gerecht ertoe gebracht in de punten 60 en 61 van het bestreden arrest ten onrechte te oordelen dat de door de Commissie verstrekte motivering ontoereikend was en dat zij derhalve „als passende reactie op de vraag van [de vennootschappen S2U], op zijn minst informatie [had] moeten verstrekken over het percentage van de opdracht dat in onderaanneming zou worden uitgevoerd en over de landen van waaruit de betrokken diensten zouden worden uitgevoerd".

65 In de tweede plaats merkt de Commissie op dat het Gerecht haar in punt 69 van het bestreden arrest verwijt dat zij de vennootschappen S2U pas in de loop van het geding aanvullende uitleg heeft gegeven over het aanzienlijke prijsverschil tussen de offerten. Aldus verwart het Gerecht de motiveringsplicht in de administratieve fase van de aanbestedingsprocedure met de verplichting van de Commissie om als verwerende partij uitleg en informatie te verstrekken in het kader van de rechterlijke toetsing, waardoor de motiveringsplicht van de Commissie zonder enige rechtsgrondslag wordt verzwaard.

66 Het Hof heeft echter in het arrest van 14 oktober 2020, Close en Cegelec/Parlement (C-447/19 P, niet gepubliceerd, EU:C:2020:826, punten 43 en 44), reeds geoordeeld dat „gelet op de respectieve rol van inschrijvers en toezichthoudende instanties, niet kan worden verlangd dat de informatie die een aanbestedende dienst op grond van de op hem rustende motiveringsplicht aan een afgewezen inschrijver moet verstrekken en de informatie die deze aanbestedende dienst aan rechterlijke instanties moet verstrekken in het kader van de toetsing door deze instanties van de rechtmatigheid van het besluit tot gunning van een opdracht, volledig identiek zijn. Bovendien houdt de omstandigheid dat de in het kader van een maatregel van instructie aan het Gerecht overgelegde documenten later ook aan de verzoekende partij worden toegezonden, in voorkomend geval in een niet-vertrouwelijke versie, verband met het beginsel van hoor en wederhoor en betekent dit niet dat de aanbestedende dienst deze documenten reeds had moeten verstrekken in het kader van de motivering overeenkomstig de bepalingen van het Unierecht".

67 De vennootschappen S2U stellen dat het derde middel ongegrond is.

– *Beoordeling door het Hof*

68 Het Hof acht het opportuun om het derde middel voorafgaand aan het tweede middel te onderzoeken.

69 In de eerste plaats moet het argument van de Commissie worden onderzocht dat de redenering van het Gerecht in enerzijds de punten 51 en 52 van het bestreden arrest en anderzijds de punten 53, 54, 60, 61 en 68 ervan, tegenstrijdigheden bevat met betrekking tot de omvang van de motiveringsplicht en leidt tot miskenning van zowel artikel 170, lid 3, van het Financieel Reglement als punt 23 van bijlage I daarbij.

70 Vooraf moet worden opgemerkt dat het Gerecht in de punten 51 tot en met 54 van het bestreden arrest een samenvatting heeft gegeven van zijn eigen rechtspraak inzake de verplichting van de aanbestedende dienst om zijn besluit om de gekozen offerte niet als abnormaal laag te beschouwen, te motiveren.

71 Deze punten moeten echter worden gelezen in het licht van de punten 47 tot en met 50 van dat arrest, waarvan zij slechts een concretisering vormen en die niet worden betwist door de Commissie. Het Gerecht heeft daarin benadrukt dat de aanbestedende dienst in twee fasen beoordeelt of er sprake is van abnormaal lage offerten. In eerste instantie beoordeelt de

aanbestedende dienst of de in de offerte voorgestelde prijs of kosten abnormaal laag „lijkt/lijken". Het gebruik van het werkwoord „lijken" in punt 23.1 van bijlage I bij het Financieel Reglement impliceert dat de aanbestedende dienst het abnormaal lage karakter van een offerte prima facie beoordeelt, en niet dat hij ambtshalve de samenstelling van elke offerte in detail onderzoekt om vast te stellen dat het geen abnormaal lage offerte betreft.

72 De aanbestedende dienst moet dus in deze eerste fase alleen bepalen of de ingediende offerten een aanwijzing bevatten dat deze abnormaal laag zouden kunnen zijn. Dat is met name het geval wanneer de in een offerte voorgestelde prijs aanmerkelijk lager is dan de prijs van de andere offerten of dan de gebruikelijke marktprijs. Indien de ingediende offerten geen dergelijke aanwijzing bevatten en dus niet abnormaal laag lijken, mag de aanbestedende dienst doorgaan met de evaluatie en de procedure tot gunning van de opdracht.

73 Indien er wel aanwijzingen bestaan dat een offerte abnormaal laag zou kunnen zijn, moet de aanbestedende dienst in tweede instantie de samenstelling van die offerte onderzoeken om zich ervan te vergewissen dat dit niet het geval is. Te dien einde moet hij de betrokken inschrijver de mogelijkheid bieden om uiteen te zetten waarom zijn offerte volgens hem niet abnormaal laag is.

74 De aanbestedende dienst moet vervolgens de verstrekte verklaringen beoordelen en bepalen of de betrokken offerte abnormaal laag is, in welk geval hij deze moet afwijzen. Om toereikend te motiveren dat na een grondige analyse is gebleken dat de gekozen offerte niet abnormaal laag is, moet de aanbestedende dienst de redenering uiteenzetten op basis waarvan hij, ten eerste, tot de slotsom is gekomen dat deze offerte door de hoofdzakelijk financiële kenmerken ervan met name de wetgeving van het land waar de diensten zouden moeten worden uitgevoerd, eerbiedigt wat betreft de bezoldiging van het personeel, de bijdragen aan het socialezekerheidsstelsel en de nalevering van de normen inzake veiligheid en gezondheid op het werk en, ten tweede, heeft nagegaan dat de voorgestelde prijs alle door de technische aspecten van die offerte veroorzaakte kosten omvat.

75 Punt 51 van het bestreden arrest heeft betrekking op de eerste stap van de controle, zoals bedoeld in punt 48 van dat arrest. In dit verband heeft het Gerecht gepreciseerd dat, aangezien de aanbestedende dienst slechts een prima-faciecontrole – dat wil zeggen een op de eerste indruk gebaseerde controle – moet verrichten, op deze dienst slechts een beperkte motiveringsplicht rust, waaraan zelfs met een impliciete motivering kan worden voldaan. Zoals blijkt uit punt 52 van dat arrest, volgt uit het enkele feit dat een aanbestedende dienst een offerte heeft gekozen, volgens het Gerecht immers impliciet maar noodzakelijkerwijs dat er geen aanwijzingen waren waaruit bleek dat deze offerte abnormaal laag was.

76 Het klopt dat de laatste volzin van dit punt 52 niet ondubbelzinnig is. Het Gerecht stelt daarin immers in essentie dat de aanbestedende dienst een afgewezen inschrijver die daar uitdrukkelijk om verzoekt, in kennis moet stellen van de redenen waarom de door hem gekozen offerte hem niet abnormaal laag leek. Een dergelijke formulering maakt echter niet duidelijk of het hierbij gaat om de redenen op grond waarvan de aanbestedende dienst de gekozen offerte prima facie niet abnormaal laag achtte, dan wel de redenen waarom hij na een gedetailleerde analyse tot deze slotsom kwam.

77 De Commissie betoogt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de punten 60, 61 en 68 van het bestreden arrest te eisen dat de Commissie reeds in de eerste fase van de analyse een gedetailleerde motivering verstrekt aan de afgewezen inschrijver die haar uitdrukkelijk heeft verzocht om de redenen mee te delen waarom zij de gekozen offerte niet abnormaal laag achtte.

78 Deze uitlegging van de laatste volzin van punt 52 van het bestreden arrest moet echter van de hand worden gewezen.

79 Het is juist dat een aanbestedende dienst, zoals het Gerecht in punt 48 van dat arrest heeft benadrukt, louter prima facie kan beoordelen of een offerte een abnormaal laag karakter heeft, maar deze summiere controle is alleen voor intern gebruik en kan niet worden tegengeworpen aan een afgewezen inschrijver die twijfels uit over deze beoordeling.

80 Wanneer een afgewezen inschrijver die niet in een uitsluitingssituatie verkeert en die voldoet aan de selectiecriteria, de aanbestedende dienst bij schriftelijk en met redenen omkleed verzoek vraagt om uiteen te zetten waarom hij de gekozen offerte niet abnormaal laag heeft geacht, moet deze laatste derhalve een gedetailleerd antwoord geven.

81 Punt 23.1 van bijlage I bij het Financieel Reglement bepaalt namelijk dat indien de in een inschrijving voorgestelde prijs of kosten abnormaal laag lijkt/lijken in verhouding tot de overeenkomst, de aanbestedende dienst schriftelijk verzoekt om toelichting van de bestanddelen van de prijs of de kosten die hij dienstig acht en de inschrijver in de gelegenheid stelt opmerkingen te maken. De bewoordingen van deze bepaling sluiten niet uit dat de twijfels over het abnormaal lage karakter van de gekozen offerte kunnen zijn gewekt door een afgewezen inschrijver. Het feit dat een dergelijke inschrijver op onderbouwde wijze twijfels uit over het abnormaal lage karakter van de gekozen offerte, brengt dus met zich mee dat de aanbestedende dienst in de tweede fase van de controle terechtkomt.

82 Afgezien van het geval waarin de door de afgewezen inschrijver aangevoerde argumenten irrelevant zijn of totaal niet worden onderbouwd, is de aanbestedende dienst dus verplicht om, ten eerste, de gekozen offerte in detail te analyseren teneinde vast te stellen dat deze daadwerkelijk niet abnormaal laag is en, ten tweede, de afgewezen inschrijver die hem hierover uitdrukkelijk vragen heeft gesteld, in kennis te stellen van de hoofdlijnen van die analyse.

83 Iedere andere uitlegging zou de afgewezen inschrijver zijn recht ontnemen op een doeltreffende voorziening in rechte, zoals gewaarborgd in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”). Het zou voor een inschrijver immers onmogelijk zijn om te beoordelen of het besluit van de aanbestedende dienst dat de gekozen offerte niet abnormaal laag is, gegrond is indien deze aanbestedende dienst zich ertoe kan beperken, stellig en zonder de geringste rechtvaardiging op te merken dat deze offerte volgens hem in overeenstemming lijkt te zijn met de marktvoorwaarden van de landen van waaruit de contractanten en hun onderaannemers de gevraagde diensten moeten uitvoeren, of dat de prijs van de gekozen offerte geen abnormaal laag karakter heeft.

84 Zoals het Gerecht in punt 60 van het bestreden arrest heeft opgemerkt, geldt dit in casu des te meer daar bij de aanbestedende dienst slechts twee offerten waren ingediend, het prijscriterium bepalend was voor de rangschikking van de offerten en de prijs van de gekozen offerte het enige relatieve voordeel ervan was. Zoals blijkt uit punt 56 van dat arrest, had de ervaring van de vennootschappen S2U als medecontractanten van de Commissie bovendien ertoe moeten leiden

dat de Commissie waarde hecht aan hun vrees dat de gekozen offerte een risico van „sociale dumping" inhoudt, alsook risico's in verband met de uitvoering van de overeenkomst doordat de door de gekozen inschrijver voorgestelde prijs aanzienlijk lager was dan die van hun offerte.

85 Het Gerecht heeft dus in punt 68 van het bestreden arrest terecht geoordeeld dat de Commissie niet kon volstaan met de vaststelling dat de gekozen offerte haar niet abnormaal laag leek, zonder de vennootschappen S2U – die daar uitdrukkelijk om hadden verzocht – mee te delen op welke gronden zij tot die conclusie was gekomen.

86 In de tweede plaats stelt de Commissie dat het Gerecht in de punten 60 en 69 van het bestreden arrest de motiveringsplicht van de aanbestedende dienst heeft verward met diens bevoegdheid als verwerende partij om zijn rechten van verdediging, zoals verankerd in artikel 47, lid 2, van het Handvest, te doen gelden.

87 Een dergelijk betoog is kennelijk ongegrond.

88 De omstandigheid dat de Commissie de redenen voor het litigieuze besluit in de loop van het geding heeft aangevoerd, kan immers de ontoereikendheid van de aanvankelijke motivering van dat besluit niet compenseren. De motivering kan niet voor het eerst en achteraf voor de rechter worden toegelicht, behalve in uitzonderlijke omstandigheden waar in casu, bij gebreke van elke spoedeisendheid, geen sprake van is (zie in die zin arresten van 26 november 1981, Michel/Parlement, 195/80, EU:C:1981:284, punt 22; 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, EU:C:2005:408, punt 463, en 11 juni 2020, Commissie/Di Bernardo, C-114/19 P, EU:C:2020:457, punt 51).

89 Indien het de betrokken instelling zou worden toegestaan om haar plicht tot motivering van haar besluit om de gekozen offerte niet als abnormaal laag te beschouwen, uit te stellen, zou afbreuk worden gedaan aan het recht van afgewezen inschrijvers op een doeltreffende voorziening in rechte, aangezien zij de redenen van een handeling niet alleen moeten kennen om hun rechten onder de best mogelijke omstandigheden te kunnen verdedigen, maar ook om met volledige kennis van zaken te kunnen beoordelen of het zinvol is om zich tot de bevoegde rechter te wenden (zie in die zin arresten van 15 oktober 1987, Heylens e.a., 222/86, EU:C:1987:442, punt 15, en 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punt 120).

90 Bovendien heeft het Gerecht geenszins van de Commissie verlangd dat zij erop toeziet dat de informatie die zij aan een afgewezen inschrijver moet verstrekken, volledig identiek is aan de informatie die zij aan de Unierechter moet verstrekken. Het aan het arrest van 14 oktober 2020, Close en Cegelec/Parlement (C-447/19 P, niet gepubliceerd, EU:C:2020:826, punt 43), ontleende argument naar analogie is derhalve niet relevant.

91 Het derde middel moet dus in zijn geheel ongegrond worden verklaard.

Tweede middel: onjuiste opvatting van de feiten door een onjuiste beoordeling van de inhoud van het antwoord van 20 juli 2020

– *Argumenten van partijen*

92 Met haar tweede middel betoogt de Commissie dat het Gerecht de inhoud van het antwoord van 20 juli 2020 onjuist heeft opgevat, waardoor het ten onrechte heeft geoordeeld dat zij de krachtens artikel 170, lid 3, van het Financieel Reglement op haar rustende motiveringsplicht niet was nagekomen. Na in punt 8 van het bestreden arrest terecht te hebben opgemerkt dat de Commissie in dat antwoord had verklaard „dat uit een gedetailleerde financiële analyse van de gekozen offerte was gebleken dat deze in overeenstemming was met de marktvoorwaarden van de landen van waaruit de contractanten en hun onderaannemers de gevraagde diensten zouden uitvoeren", heeft het Gerecht in de punten 61 en 68 van dat arrest ten onrechte geoordeeld dat de Commissie zich in dat antwoord ertoe heeft beperkt met een eenvoudige verklaring vast te stellen of te rechtvaardigen dat de prijs van de gekozen offerte niet abnormaal laag was. Aldus zou de Commissie de vennootschappen S2U, die daar uitdrukkelijk om hadden verzocht, niet hebben meegedeeld op welke gronden zij tot die conclusie was gekomen.

93 De Commissie betoogt dat zij in het antwoord van 20 juli 2020 geen standpunt heeft ingenomen over de vraag of de gekozen offerte al dan niet abnormaal laag was. Zij heeft daarin enkel geantwoord op de vraag van de vennootschappen S2U over sociale dumping, door te verklaren dat uit een gedetailleerde financiële analyse van de door haar gekozen offerte was gebleken dat die offerte in overeenstemming is met de marktvoorwaarden van de landen van waaruit de contractanten en hun onderaannemers de gevraagde diensten zouden uitvoeren.

94 Deze onjuiste opvatting van de inhoud van het antwoord van 20 juli 2020, in combinatie met de onjuiste kwalificatie van het verzoek van 10 juli 2020, heeft het Gerecht in punt 68 van het bestreden arrest ertoe gebracht ten onrechte te oordelen dat de Commissie haar motiveringsplicht niet was nagekomen.

95 De vennootschappen S2U antwoorden hierop dat dit middel ongegrond moet worden verklaard.

– *Beoordeling door het Hof*

96 Met haar tweede middel betoogt de Commissie in essentie dat, aangezien de vennootschappen S2U haar niet uitdrukkelijk hadden verzocht om in kennis te worden gesteld van de redenen waarom zij van mening was dat de gekozen offerte niet abnormaal laag was, zij zich heeft beperkt tot een antwoord op de vraag van deze vennootschappen over het bestaan van een risico van sociale dumping. Volgens haar heeft het Gerecht bijgevolg ten onrechte geoordeeld dat in het antwoord van 20 juli 2020 werd verklaard dat de prijs van de gekozen offerte niet abnormaal laag was, en heeft het aldus de inhoud van dat antwoord onjuist opgevat.

97 Aangezien uit het onderzoek van het eerste middel blijkt dat de vennootschappen S2U wel degelijk bij de Commissie een „uitdrukkelijk verzoek" hebben ingediend met betrekking tot het abnormaal lage karakter van de gekozen offerte, moest deze instelling voldoen aan de specifieke motiveringsvereisten die voortvloeien uit artikel 170, lid 3, van het Financieel Reglement en punt 23 van bijlage I daarbij. Teneinde het in artikel 47 van het Handvest neergelegde recht van

de afgewezen inschrijver op een doeltreffende voorziening in rechte te waarborgen, kon de Commissie zich als aanbestedende dienst dus niet ertoe beperken, stellig en zonder de geringste rechtvaardiging te beweren dat de gekozen offerte geen risico van sociale dumping inhield.

98 In dit verband dient in herinnering te worden gebracht dat het door dit artikel 47 gewaarborgde recht op een doeltreffende voorziening in rechte op zichzelf volstaat en niet hoeft te worden verduidelijkt door bepalingen van Unierecht om particulieren een als zodanig inroepbaar recht te verlenen (arresten van 17 april 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, punt 78, en 14 juli 2022, EPIC Financial Consulting, C-274/21 en C-275/21, EU:C:2022:565, punt 83).

99 Gesteld al dat het Gerecht, door te oordelen dat in het antwoord van 20 juli 2020 louter werd verklaard dat de prijs van de gekozen offerte niet abnormaal laag was, de inhoud van dat antwoord onjuist zou hebben opgevat, kan een dergelijke onjuiste opvatting in deze omstandigheden niet afdoen aan de vaststelling in punt 97 van het onderhavige arrest dat de Commissie de bijzondere motiveringsvereisten van artikel 170, lid 3, van het Financieel Reglement en punt 23 van bijlage I daarbij in acht moest nemen en dat zij zich niet ertoe kon beperken zonder enige rechtvaardiging te verklaren dat de gekozen offerte geen risico van sociale dumping inhield.

100 Derhalve moet het tweede middel als niet ter zake dienend worden afgewezen.

101 Daar geen van de drie door de Commissie ter ondersteuning van haar hogere voorziening aangevoerde middelen is aanvaard, moet de hogere voorziening in haar geheel worden afgewezen.

Kosten

102 Volgens artikel 184, lid 2, van zijn Reglement voor de procesvoering beslist het Hof over de kosten wanneer de hogere voorziening ongegrond is.

103 Ingevolge artikel 138, lid 1, van dit Reglement, dat op grond van artikel 184, lid 1, van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, moet de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van de vennootschappen S2U worden verwezen in de kosten.

Het Hof (Achtste kamer) verklaart voor recht:

1) De hogere voorziening wordt afgewezen.

2) De Europese Commissie wordt verwezen in de kosten.

ondertekeningen