Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (åttonde avdelningen)

den 11 maj 2023*

”Överklagande – Domstolens rättegångsregler – Artikel 169 – Överklagande av domslutet i tribunalens dom – Offentlig upphandling av tjänster – Anbudsförfarande – Förordning (EU, Euratom) 2018/1046 – Artikel 170.3 – Punkt 23 i bilaga I – Anbudsgivare som inte tilldelats kontraktet informerar Europeiska kommissionen om tecken på att det anbud som valts ut är onormalt lågt – Den upphandlande myndighetens motiveringsskyldighet”

I mål C-101/22 P,

angående ett överklagande enligt artikel 56 i stadgan för Europeiska unionens domstol, som ingavs den 10 februari 2022,

Europeiska kommissionen, företrädd av L. André, M. Ilkova och O. Verheecke, samtliga i egenskap av ombud,

klagande,

i vilket de andra parterna är:

Sopra Steria Benelux, Bryssel (Belgien),

Unisys Belgium, Bryssel,

företrädda av L. Masson och G. Tilman, avocats,

sökande i första instans,

meddelar

DOMSTOLEN (åttonde avdelningen),

sammansatt av avdelningsordföranden M. Safjan samt domarna N. Piçarra och M. Gavalec (referent),

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

* Rättegångsspråk: franska.

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Europeiska kommissionen har yrkat att domstolen ska upphäva den dom som meddelades av Europeiska unionens tribunal den 1 december 2021, Sopra Steria Benelux och Unisys Belgium/kommissionen (T-546/20, EU:T:2021:846) (nedan kallad den överklagade domen). Genom denna dom ogiltigförklarade tribunalen kommissionens beslut av den 2 juli 2020 om att förkasta det gemensamma anbud som Sopra Steria Benelux och Unisys Belgium hade ingett, vad gäller del A, (nedan kallat, tillsammans S2U-bolagen) inom ramen för anbudsförfarandet med referensnumret TAXUD/2019/OP/0006 avseende specificerings-, utvecklings-, underhålls- och supporttjänster till it-plattformar vid GD Skatter och tullar, och tilldelning av kontraktet avseende denna del till det andra konsortium som lämnat anbud (nedan kallat det omtvistade beslutet).

Tillämpliga bestämmelser

Domstolens rättegångsregler

2 I artikel 169 i domstolens rättegångsregler, som har rubriken ”Yrkanden, grunder och argument som framställs respektive åberopas inom ramen för överklagandet”, föreskrivs följande:

”1. Yrkandena i ett överklagande ska avse upphävandet, helt eller delvis, av tribunalens avgörande, såsom detta framgår av domslutet eller av slutet i beslutet.

2. Genom åberopade grunder och argument avseende rättsliga omständigheter ska det i detalj anges på vilka punkter som klaganden anser att tribunalens avgörande är felaktigt.”

3 Artikel 170 i rättegångsreglerna har rubriken ”Yrkanden som framställs för det fall domstolen bifaller överklagandet”. I punkt 1 i den artikeln föreskrivs följande:

”Yrkanden som framställs för det fall domstolen bifaller överklagandet ska avse helt eller delvis bifall till de yrkanden som framställts i första instans. Nya yrkanden är inte tillåtna. Överklagandet får inte ändra saken i målet vid tribunalen.”

Budgetförordningen

4 I artikel 161 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU, Euratom) 2018/1046 av den 18 juli 2018 om finansiella regler för unionens allmänna budget, om ändring av förordningarna (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 och beslut

nr 541/2014/EU samt om upphävande av förordning (EU, Euratom) nr 966/2012 (EUT L 193, 2008, s. 1), med rubriken ”Bilaga om upphandling och delegering av befogenheter”, föreskrivs följande:

”Närmare regler om upphandlingsförfaranden fastställs i bilaga I till denna förordning. För att säkerställa att unionsinstitutionerna, när de tilldelar kontrakt för egen räkning, tillämpar samma standarder som föreskrivs för upphandlande myndigheter som omfattas av [Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (EUT L 94, 2014, s. 1)] och [Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65)] ges kommissionen befogenhet att anta delegerade akter i enlighet med artikel 269 i denna förordning för att ändra bilaga I till denna förordning, för att anpassa den bilagan till ändringar av dessa direktiv och införa tekniska anpassningar med anledning av det.”

5 Artikel 170 i förordningen har rubriken ”Beslut om tilldelning samt information till anbudssökande eller anbudsgivare”. I punkterna 2 och 3 i den artikeln föreskrivs följande:

”2. Den upphandlande myndigheten ska informera alla anbudssökande och anbudsgivare vars anbudsansökningar eller anbud avvisats om orsaken till detta samt längden på de frysningsperioder som avses i artiklarna 175.2 och 178.1.

…

3. Alla anbudsgivare som inte befinner sig i en uteslutningssituation som avses i artikel 136.1, som inte avvisas enligt artikel 141 och vars anbud uppfyller kraven i upphandlingsdokumenten ska, om de skriftligen begär det, få information från den upphandlande myndigheten om följande:

a) Namn på den anbudsgivare – eller, vid ramavtal, de anbudsgivare – som tilldelats kontraktet och, utom i fråga om specifika kontrakt vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal, egenskaper och relativa fördelar som kännetecknar det utvalda anbudet, pris som ska betalas eller kontraktsvärde, beroende på vad som är lämpligt.

…

Den upphandlande myndigheten får dock besluta att hålla inne vissa uppgifter om utlämnandet skulle äventyra tillämpning av lagen, strida mot allmänintresset, skada ekonomiska aktörers berättigade affärsintressen eller motverka sund konkurrens mellan dem.”

6 Punkt 23 i bilaga I till förordningen, med rubriken ”Onormalt låga anbud”, har följande lydelse:

”23.1. Om de priser eller kostnader som föreslås i ett anbud för ett visst kontrakt framstår som onormalt låga ska den upphandlande myndigheten skriftligen begära upplysningar om beståndsdelarna av de priser eller kostnader som den anser vara relevanta, och ge anbudsgivaren möjlighet att lämna synpunkter.

Den upphandlande myndigheten får särskilt beakta synpunkter som gäller

a) ekonomin i sättet att tillverka varorna, sättet att tillhandahålla tjänsterna eller byggmetoderna,

b) valda tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden som anbudsgivaren har tillgång till,

c) originaliteten i anbudet,

d) anbudsgivarens efterlevnad av tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter,

e) underleverantörers efterlevnad av tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter,

f) möjligheten för anbudsgivaren att få statligt stöd i enlighet med tillämpliga regler.

23.2. Den upphandlande myndigheten får endast avvisa anbudet när de ingivna bevisen inte på ett tillfredsställande sätt förklarar de låga priser eller kostnader som föreslagits.

Den upphandlande myndigheten ska avvisa anbudet när den har fastställt att anbudet är onormalt lågt på grund av att det inte uppfyller tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter.

…”

Bakgrund till tvisten

7 Bakgrunden till tvisten beskrivs enligt följande i punkterna 1–8 i den överklagade domen:

”1. Den 6 december 2019 offentliggjorde Europeiska kommissionen i tillägget till *Europeiska unionens officiella tidning* (EUT 2019/S 236–577462) ett meddelande om offentlig upphandling angående en anbudsinfordran med referensen TAXUD/2019/OP/0006 som avsåg tjänster för specificering, utveckling, underhåll och support på nivå 3 till it-plattformar vid kommissionens generaldirektorat för skatter och tullar. Upphandlingen bestod av två delar, del A, ”Utvecklingstjänster till plattformen CCN/CSI”, och del B, ”Utvecklingstjänster till plattformarna CCN2(ng), SPEED2(ng), CDCO/TSOAP och SSV”. Tilldelningskriteriet var bästa förhållandet mellan kvalitet och pris, varvid teknisk kvalitet och pris tillskrevs 70 respektive 30 procent vid utvärderingen av anbuden. För var och en av dessa två delar skulle kommissionen ingå ett ramavtal som skulle gälla i 36 månader och kunna förlängas för tre på varandra följande perioder om 12 månader. Ramavtalet skulle ingås med den anbudsgivare som erbjöd det bästa förhållandet mellan kvalitet och pris, förutsatt att anbudet uppfyllde vissa minimikrav med avseende på urval, icke-uteslutning, kapacitet och överensstämmelse.

2. Den 27 februari 2020 lämnade [S2U-bolagen], ett gemensamt anbud inom ramen för ett konsortium som leddes av Sopra. Det enda andra anbudet för del A som inkom i tid var ett anbud som lämnades av konsortiet ARHS-IBM, bildat av ARHS Developments SA och International Business Machines of Belgium SA.

3. Genom skrivelse av den 2 juli 2020 underrättade kommissionen [S2U-bolagen] om att deras anbud avseende del A inte hade antagits, på grund av att det inte var det ekonomiskt mest fördelaktiga, och att kontraktet hade tilldelats en annan anbudsgivare … Kommissionen bifogade ett utdrag ur utvärderingsrapporten för deras anbud, där det angavs vilka poäng det hade tilldelats, åtföljt av förklaringar. Kommissionen underrättade dem också om att de på skriftlig begäran

kunde få ta del av de egenskaper och relativa fördelar som kännetecknade det utvalda anbudet, kontraktets värde och namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet. [S2U] upprättade en sådan begäran samma dag.

4. Det framgår av utdraget ur utvärderingsrapporten att [S2U-bolagens] anbud sammanlagt fick 90,81 poäng…

…

5. Kommissionen underrättade [S2U-bolagen] genom skrivelse av den 3 juli 2020 om att kontraktet hade tilldelats konsortiet ARHS-IBM. Samtidigt översändes ett utdrag ur utvärderingsrapporten för detta konsortiums anbud, där det angavs vilka poäng som det hade tilldelats, åtföljt av förklaringar.

6. Det framgår av utdraget ur utvärderingsrapporten att anbudet från den anbudsgivare som hade tilldelats kontraktet hade erhållit sammanlagt 98,53 poäng …

…

7. [S2U-bolagen] bestred utfallet av anbudsförfarandet genom skrivelse av den 10 juli 2020 (nedan kallad begäran av den 10 juli 2020) och ifrågasatte, beträffande det pris som angetts i det utvalda anbudet, huruvida ett pris som var betydligt lägre än det pris de själva hade erbjudit, vilket de betecknade som rimligt och i överensstämmelse med villkoren på marknaden, kunde vara lönsamt utan risk för social dumpning. De uppmanade således den upphandlande myndigheten att i synnerhet bekräfta att den hade kontrollerat att den utvalda anbudsgivarens anbud inte medförde någon sådan risk.

8. Kommissionen svarade genom skrivelse av den 20 juli 2020 (nedan kallad svaret av den 20 juli 2020) bland annat att en ingående ekonomisk analys av det utvalda anbudet hade visat att anbudet var förenligt med villkoren på marknaden i de länder där avtalsparterna och deras underleverantörer skulle utföra de begärda tjänsterna.”

Talan vid tribunalen och den överklagade domen

8 [S2U-bolagen] väckte talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet genom ansökan som inkom till tribunalens kansli den 2 september 2020.

9 Till stöd för sin talan åberopade de två grunder. Den första grunden avsåg åsidosättande av punkt 23 i bilaga I till budgetförordningen och en uppenbart oriktig bedömning. Som andra grund anfördes bristande motivering av det omtvistade beslutet avseende huruvida det valda anbudet var onormalt lågt.

10 Genom den överklagade domen biföll tribunalen talan såvitt avsåg den andra grunden, som den hade beslutat att pröva först.

11 I punkterna 38–54 i den överklagade domen sammanfattade tribunalen bestämmelserna om den upphandlande myndighetens motiveringsskyldighet i förfaranden för offentlig upphandling i unionen, såsom de i huvudsak följer av artikel 170 i budgetförordningen och punkt 23 i bilaga I till denna förordning, samt av tillhörande rättspraxis.

12 Det framgår närmare bestämt av punkterna 47–49 i den domen att den upphandlande myndighetens bedömning av huruvida det föreligger onormalt låga anbud ska göras i två steg. Först ska den upphandlande myndigheten vid första påseendet, och inte på grundval av en detaljerad analys av varje anbuds sammansättning, bedöma huruvida det pris eller de kostnader som föreslås i anbudet ”framstår som” onormalt låga. Om de inlämnade anbuden inte innehåller något som tyder på detta och således inte framstår som onormalt låga, får den upphandlande myndigheten gå vidare med bedömningen av detta anbud och med upphandlingsförfarandet. Om det däremot finns något som ger skäl att misstänka att ett anbud kan vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten därefter kontrollera anbudets sammansättning för att försäkra sig om att det inte är onormalt lågt. När den upphandlande myndigheten kontrollerar detta är den skyldig att ge den anbudsgivare som lämnat det aktuella anbudet möjlighet att redogöra för skälen till att anbudet enligt anbudsgivaren inte är onormalt lågt. Den upphandlande myndigheten ska därefter bedöma de förklaringar som lagts fram och fastställa om det aktuella anbudet är onormalt lågt, i vilket fall myndigheten är skyldig att förkasta det.

13 I punkterna 51–53 i den överklagade domen erinrade tribunalen om att den upphandlande myndighetens motiveringsskyldighet när den anser att det valda anbudet inte förefaller vara onormalt lågt har en begränsad räckvidd. När en upphandlande myndighet väljer ett anbud är den i synnerhet inte skyldig att uttryckligen ange varför den inte anser att det valda anbudet framstår som onormalt lågt varje gång en begäran om motivering ges in i enlighet med artikel 170.3 i budgetförordningen. Om den upphandlande myndigheten väljer nämnda anbud innebär det indirekt men nödvändigtvis att den upphandlande myndigheten funnit att det inte fanns några tecken på att nämnda anbud var onormalt lågt. En detaljerad motivering ska däremot ges till den anbudsgivare vars anbud inte valts ut och som uttryckligen så begär, om en det utvalda anbudets egenskaper och relativa fördelar, i den mening som avses i artikel 170.3 i budgetförordningen. Tribunalen fann i detta avseende, i punkt 54 i samma dom, att det inte räcker att den upphandlande myndigheten endast konstaterar att det anbud som valdes ut i tilldelningsförfarandet inte är onormalt lågt eller framhåller att nämnda anbud inte ansetts vara onormalt lågt.

14 I punkt 55 i den överklagade domen påpekade tribunalen att kommissionen i det aktuella fallet till att börja med, i enlighet med artikel 170 i budgetförordningen och punkt 31 i bilaga I till samma förordning, endast underrättade [S2U-bolagen] om att deras anbud inte hade valts ut och bifogade ett utdrag ur utvärderingsrapporten för deras anbud. Efter en skriftlig begäran från de sistnämnda, begränsade sig kommissionen därefter till att meddela dem namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet, priset på det anbud som slutligen valts, ekonomisk poäng samt förhållandet mellan kvalitet och pris uttryckt genom den sammanlagda poängen. Enligt tribunalen avsåg de sålunda lämnade detaljerna inte på något sätt granskningen av priset i det valda anbudet med hänsyn till huruvida detta eventuellt var onormalt lågt.

15 I punkt 59 i den överklagade domen erinrade tribunalen om att det var på grund av den betydande skillnaden mellan S2U-bolagens och den vinnande anbudsgivarens anbud som den vinnande anbudsgivaren tilldelades kontraktet. Det var mot denna bakgrund som S2U-bolgen, såsom det erinras om i punkt 56 i nämnda dom, begärde att kommissionen skulle bekräfta bland annat att den hade kontrollerat att det valda anbudet, med hänsyn till priset, varken medförde någon risk för social dumpning eller risker vid fullgörandet av kontraktet.

16 I punkterna 57 och 66 i den överklagade domen påpekade tribunalen att även om S2U-bolagen inte uttryckligen hade åberopat begreppet onormalt lågt anbud, hade de tydligt tagit upp de potentiella konsekvenser som ett sådant anbud skulle kunna få, det vill säga en risk för social dumpning och en risk för kontinuiteten i tillhandahållandet av tjänsterna.

17 I punkt 58 i den överklagade domen fann tribunalen att kommissionen i sitt svar av den 20 juli 2020 endast angav att en ingående ekonomisk analys av det utvalda finansiella anbudet hade visat att det var förenligt med marknadsvillkoren i de länder varifrån avtalsparterna och deras underleverantörer skulle utföra de begärda tjänsterna.

18 I punkterna 60 och 61 i den överklagade domen fann tribunalen att ett sådant konstaterande var otillräckligt, med hänsyn till att endast två anbud hade lämnats för del A och att det därför endast fanns ett jämförelsebegrepp som gjorde det möjligt att fastställa om det fanns tecken på att priset i det valda anbudet kunde anses vara onormalt lågt. I och med att priskriteriet var avgörande för klassificeringen av anbuden och priset i det utvalda anbudet var den enda relativa fördel som kännetecknade detta anbud, borde kommissionen åtminstone ha lämnat ut uppgifter om vilken procentandel av kontraktet som skulle genomföras på underentreprenad och om vilka länder de aktuella tjänsterna skulle utföras från.

19 Om kommissionen dessutom hade lämnat dessa uppgifter, såsom den gjorde i sitt svaromål och vid förhandlingen vid tribunalen, hade S2U-bolagen bättre kunnat förstå orsakerna till prisskillnaden mellan de två anbuden. Sådana uppgifter skulle även ha gjort det möjligt för dem att få tillräckligt med information för att kunna förstå varför kommissionen ansåg att det valda anbudet inte framstod som onormalt lågt och därmed eventuellt kunna ifrågasätta denna bedömning.

20 I punkt 68 i den överklagade domen fann tribunalen att en upphandlande myndighet inte, enbart genom att åberopa punkt 23.1 i bilagan till budgetförordningen, kan undgå skyldigheten enligt artikel 170.3 i budgetförordningen, att låta den anbudsgivare vars anbud inte valts ut och som skriftligen begär det ta del av det utvalda anbudets egenskaper och relativa fördelar, särskilt skälen till att detta anbud inte framstod som onormalt lågt. Enligt tribunalen kunde kommissionen alltså inte begränsa sig till att konstatera att den inte ansåg att det valda anbudet framstod som onormalt lågt, utan att närmare ange för S2U-bolagen, vilka uttryckligen hade begärt det, vilka skäl som föranlett denna slutsats.

21 Slutligen fann tribunalen, i punkt 69 i den överklagade domen, att de förklaringar som kommissionen lämnat under rättegången, enligt vilka en stor del av de tjänster som omfattades av det valda anbudet skulle tillhandahållas av underleverantörer, merparten av dem i Grekland och i Rumänien, och enligt vilka löneskillnader som var kopplade till platserna för tjänsternas utförande förklarade den avsevärda prisskillnaden mellan anbuden. Tribunalen erinrade om att endast uppgifter som S2U-bolagen erhållit innan talan väcktes vid tribunalen kan beaktas, eftersom motiveringen i princip inte kan förklaras för första gången och i efterhand inför unionsdomstolen.

22 Mot bakgrund av det ovan anförda fann tribunalen, i punkterna 70 och 71 i den överklagade domen, att S2U-bolagen, med beaktade av den motivering som kommissionen lämnade dem, inte kunde anses ha fått ta del av alla de uppgifter om sammansättningen av anbudet från det konsortium som tilldelats kontraktet som gjorde det möjligt för kommissionen att anse att detta

anbud inte framstod som onormalt lågt. Tribunalen biföll således talan på S2U-bolagens andra grund och ogiltigförklarade det omtvistade beslutet, utan att anse det nödvändigt att pröva den första grunden för talan.

Parternas yrkanden

23 Kommissionen har i sitt överklagande yrkat att domstolen ska

– upphäva punkterna 52–57, 60, 61, 66, 68 och 69 i den överklagade domen,

– ogilla yrkandet om ogiltigförklaring, och

– förplikta S2U-bolagen att ersätta rättegångskostnaderna vid domstolen och tribunalen.

24 Kommissionen har i sin replik även yrkat att domstolen ska

– förklara att överklagandet kan tas upp till sakprövning i sin helhet, och

– upphäva den överklagade domen.

25 S2U-bolagen har yrkat att domstolen ska

– i första hand ogilla överklagandet i dess helhet och förplikta kommissionen att ersätta samtliga rättegångskostnader, och

– i andra hand, för det fall överklagandet bifalls, återförvisa målet till tribunalen.

Prövning av överklagandet

S2U-bolagens invändning om rättegångshinder

Parternas argument

26 S2U-bolagen har gjort gällande att överklagandet inte kan tas upp till sakprövning på grund av att kommissionen har åsidosatt artiklarna 169 och 170 i domstolens rättegångsregler. Kommissionen har nämligen endast yrkat att punkterna 52–57, 60, 61, 66, 68 och 69 i den överklagade domen ska upphävas, och den har följaktligen inte yrkat att beslutet såsom det anges i domslutet i denna dom, i den mening som avses i artikel 169.1 i förordningen, helt eller delvis ska ogiltigförklaras.

27 Kommissionen har inte heller bestritt punkterna 70 och 71 i den överklagade domen och ska därför anses ha godtagit dem. Dessa innehåller emellertid slutsatsen av det resonemang som ledde till att tribunalen konstaterade dels att S2U-bolagen inte hade kännedom om de uppgifter om sammansättningen av den vinnande anbudsgivarens anbud på grundval av vilka kommissionen ansåg att detta anbud inte föreföll vara onormalt lågt, dels att kommissionen inte i tillräcklig utsträckning hade redogjort för de skäl som kunde motivera denna slutsats, varför det omtvistade beslutet skulle ogiltigförklaras utan att det var nödvändigt att pröva den första grunden.

28 S2U-bolagen har även yrkat att domstolen ska avvisa det nya yrkande som kommissionen framställt i sin replik om dels att överklagandet ska tas upp till sakprövning i dess helhet, dels att den överklagade domen ska upphävas.

29 Kommissionen har yrkat att denna invändning om rättegångshinder ska ogillas.

Domstolens bedömning

30 Domstolen påpekar inledningsvis, i likhet med vad kommissionen har gjort gällande i sin replik, att S2U-bolagen inte har anfört något argument till stöd för ett åsidosättande av artikel 170 i rättegångsreglerna. Härav följer att invändningen om rättegångshinder endast ska prövas mot bakgrund av artikel 169 i rättegångsreglerna.

31 Den bestämmelsen syftar på den grundläggande principen i fråga om överklagande att detsamma ska riktas mot tribunalens avgörande och inte kan begränsas till att avse ändring av motiveringen för detsamma, vilket följer av artikel 169.1 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 november 2012, Al-Aqsa/rådet och Nederländerna/Al-Aqsa, C-539/10 P och C-550/10 P, EU:C:2012:711, punkterna 43–45, och dom av den 16 juli 2020, Inclusion Alliance for Europe/kommissionen, C-378/16 P, EU:C:2020:575, punkt 57). Domstolen har emellertid även preciserat att en överdriven formalism vid tillämpningen av denna regel skulle strida mot denna rättspraxis (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 juli 2020, Inclusion Alliance for Europe/kommissionen, C-378/16 P, EU:C:2020:575, punkterna 59 och 60).

32 I förevarande fall har kommissionen, i den del av överklagandet som har rubriken ”Yrkanden”, endast yrkat att domstolen ska upphäva punkterna 52–57, 60, 61, 66, 68 och 69 i den överklagade domen, ogilla S2U-bolagens talan om ogiltigförklaring vid tribunalen och förplikta S2U-bolagen att ersätta samtliga rättegångskostnader.

33 Det framgår emellertid tydligt av försättsbladet till kommissionens överklagande att den formellt har yrkat att den överklagade domen ska upphävas. Även om klaganden inte uttryckligen hade yrkat att denna dom skulle upphävas i den sista punkten i överklagandet, identifierade den, i slutet av resonemanget avseende var och en av de tre grunder som hade åberopats till stöd för överklagandet, de punkter i domen som den ansåg utgjorde felaktig rättstillämpning och drog därav uttryckligen slutsatsen att även punkt 1 i domslutet i nämnda dom skulle upphävas i den mån de aktuella punkterna utgjorde stöd för detta.

34 Även om yrkandena i överklagandet i strikt mening inte uttryckligen syftar till att upphäva punkt 1 i domslutet i den överklagade domen, kan de under dessa omständigheter inte anses avse något annat än i huvudsak samma resultat. Det är för övrigt uppenbart vid en genomläsning av svarsinlagorna och dupliken från S2U-bolagen att svaranden till fullo har förstått det resonemang som kommissionen har utvecklat i sitt överklagande och dess följder avseende punkt 1 i domslutet i den överklagade domen.

35 Argumentet att kommissionen skulle ha underlåtit att bestrida punkterna 70 och 71 i den överklagade domen kan inte godtas. Dessa två punkter i motiveringen är nämligen endast av förklarande karaktär och begränsar sig till att dra konsekvenserna av de punkter som kommissionen uttryckligen har bestritt. Även om det hade varit att föredra att kommissionen även hade riktat sitt överklagande mot dem, kan denna underlåtenhet inte få några konsekvenser.

36 S2U-bolagens invändning om rättegångshinder ska följaktligen ogillas.

Prövning i sak

37 Kommissionen har anfört tre grunder till stöd för sitt överklagande. Som första grund har kommissionen gjort gällande att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den kvalificerade begäran av den 10 juli 2020 som en ”uttrycklig begäran” om att få skälen till att den upphandlande myndigheten inte ansåg att det valda anbudet var onormalt lågt. Den andra grunden avser missuppfattning av innehållet i svaret av den 20 juli 2020. Kommissionen har genom sin tredje grund hävdat att tribunalen gjorde en felaktig bedömning av räckvidden av den upphandlande myndighetens motiveringsskyldighet enligt artikel 296 FEUF och artikel 170.3 i budgetförordningen.

Den första grunden: Tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den kvalificerade begäran av den 10 juli 2020 som en ”uttrycklig begäran” om skälen till att den upphandlande myndigheten inte ansåg att det valda anbudet var onormalt lågt

– *Parternas argument*

38 Kommissionen har genom sin första grund gjort gällande att punkterna 52–57 i den överklagade domen är motsägelsefulla, vilket i punkterna 66 och 68 i samma dom ledde till att tribunalen gjorde en felaktig rättslig kvalificering av de faktiska omständigheterna.

39 Det framgår nämligen av domen av den 4 juli 2017, European Dynamics Luxembourg m.fl./Europeiska unionens järnvägsbyrå (T-392/15, EU:T:2017:462, punkt 93), att det endast är när en anbudsgivare uttryckligen begär det, det vill säga en begäran i vilken det uttryckligen görs gällande att det anbud som den upphandlande myndigheten har valt är onormalt lågt, som myndigheten ska motivera varför den anser att det anbud som den har valt inte förefaller vara onormalt lågt.

40 Detta krav på en uttrycklig begäran, vilket understryks i punkterna 52 och 63–65 i den överklagade domen, är emellertid inte uppfyllt i förevarande fall, eftersom tribunalen i punkt 57 i den domen konstaterade att ”[S2U-bolagen] inte uttryckligen åberopade begreppet onormalt lågt anbud” i begäran av den 10 juli 2020.

41 Enligt kommissionen kan den omständigheten att en anbudsgivare nämner ”de potentiella följderna av ett onormalt lågt anbud, det vill säga en risk för social dumpning … samt en risk för kontinuiteten i tillhandahållandet av tjänsterna” inte likställas med en uttrycklig begäran eller vara tillräcklig för att ge upphov till en skyldighet för den upphandlande myndigheten att motivera varför den inte ansåg att ett anbud var onormalt lågt. De två risker som åberopats är nämligen varken jämförbara eller likvärdiga med begreppet onormalt lågt anbud.

42 Begreppet ”social dumpning”, som inte definieras i unionsrätten, nämns inte i punkt 23.1 i bilaga I till budgetförordningen, som innehåller en uppräkning av de omständigheter som ska beaktas vid bedömningen av huruvida ett anbud är onormalt lågt. Även om S2U-bolagen i sin begäran av den 10 juli 2020 åberopade risken för kontinuiteten i tillhandahållandet av tjänsterna, nämns inte heller denna risk i denna bestämmelse. Dessutom frågade S2U-bolagen den upphandlande myndigheten endast om det förelåg en risk för social dumpning.

43 Tribunalen skulle således kräva att den upphandlande myndigheten, även när den står inför en icke uttrycklig begäran, gör en teleologisk tolkning av de frågor som anbudsgivaren ställer i stället för att hålla sig till en bokstavlig tolkning av dessa frågor, såsom framgår av domen av den 26 april 2018, European Dynamics Luxembourg och Evropaïki Dynamiki/kommissionen (T-752/15, ej publicerad, EU:T:2018:233, punkterna 78–81). Denna nya tolkning skulle dessutom ge upphov till rättsosäkerhet, eftersom de upphandlande myndigheterna inte skulle veta om de ska likställa varje begäran som åberopar en av ”de potentiella följderna av ett onormalt lågt anbud” med en uttrycklig begäran om att få reda på skälen till att den upphandlande myndigheten inte hyste några tvivel om att det valda anbudet var onormalt lågt.

44 Kommissionen godtog inte heller kvalificeringen av begäran av den 10 juli 2020 som en uttrycklig begäran om huruvida ett anbud var onormalt lågt, såsom den framgår av punkterna 66 och 68 i den överklagade domen.

45 S2U-bolagen har gjort gällande att den första grunden för överklagandet inte kan tas upp till sakprövning, eftersom den innebär att domstolen ska göra en bedömning av de faktiska omständigheterna avseende begreppet ”uttrycklig begäran”. I andra hand anser S2U-bolagen att överklagandet inte kan vinna bifall såvitt avser denna grund.

– *Domstolens bedömning*

46 Genom den första grunden, som riktar sig mot punkterna 52–57, 66 och 68 i den överklagade domen, har kommissionen i huvudsak gjort gällande att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den betraktade begäran av den 10 juli 2020 som en uttrycklig begäran om att den upphandlande myndigheten skulle ange skälen till att den inte ansåg att det valda anbudet var onormalt lågt.

47 I den mån S2U-bolagen har gjort gällande att den första grunden inte kan tas upp till sakprövning på grund av att den anmodar domstolen att göra en faktisk bedömning av begreppet ”uttrycklig begäran”, erinrar domstolen om att tribunalens rättsliga kvalificering av en omständighet eller en rättsakt är en rättsfråga som kan prövas i ett mål om överklagande (dom av den 19 oktober 1995, Rendo m.fl./kommissionen, C-19/93 P, EU:C:1995:339, punkt 26, och dom av den 12 maj 2022, Klein/kommissionen, C-430/20 P, EU:C:2022:377, punkt 41). Av detta följer att frågan huruvida begäran av den 10 juli 2020 utgör en ”uttrycklig” begäran, det vill säga en begäran om skälen till att den upphandlande myndigheten inte ansåg att det valda anbudet var onormalt lågt, i den mening som avses i artikel 170.3 a i budgetförordningen, jämförd med punkt 23 i bilaga I till denna förordning, är en rättsfråga som kan prövas i ett mål om överklagande. Denna grund kan följaktligen tas upp till sakprövning.

48 Vad gäller prövningen i sak ska det påpekas att artikel 170.3 a i budgetförordningen ger varje anbudsgivare som inte befinner sig i en uteslutningssituation, som inte avvisas och vars anbud uppfyller kraven i upphandlingsdokumenten möjlighet att skriftligen begära sådana uppgifter som namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet, egenskaper och relativa fördelar som kännetecknar det utvalda anbudet, pris som ska betalas eller kontraktsvärde, beroende på vad som är lämpligt.

49 En anbudsgivare vars anbud inte valts ut kan således utnyttja den möjlighet som ges i denna bestämmelse för att anmoda den upphandlande myndigheten att motivera sitt beslut att inte betrakta det valda anbudet som ett onormalt lågt anbud i den mening som avses i punkt 23 i

bilaga I till denna förordning. En sådan begäran kan visa sig vara användbar, eftersom den upphandlande myndigheten genom att välja ett anbud anses ha ansett, åtminstone underförstått, att det inte fanns några tecken som tydde på att anbudet var onormalt lågt.

50 Den möjlighet som ges i artikel 170.3 a i budgetförordningen, jämförd med punkt 23 i bilaga I till denna förordning, syftar till att skydda alla anbudsgivare som inte valts ut under det sista skedet av upphandlingsförfarandet från den upphandlande myndighetens godtycke och till att säkerställa en sund konkurrens mellan anbudsgivarna (se, analogt, dom av den 27 november 2001, Lombardini och Mantovani, C-285/99 och C-286/99, EU:C:2001:640, punkterna 44 och 57).

51 Tribunalen gjorde således en riktig bedömning när den i punkt 52 i den överklagade domen slog fast att en upphandlande myndighet endast är skyldig att uttryckligen ange skälen till att det valda anbudet inte framstår som onormalt lågt om en anbudsgivare vars anbud inte valts ut uttryckligen har begärt detta.

52 Även om det är att föredra att en sådan anbudsgivare ordagrant hänvisar till begreppet ”onormalt lågt anbud”, i den mening som avses i punkt 23 i bilaga I till budgetförordningen, när denne avser att fråga den upphandlande myndigheten om detta, är det emellertid inte nödvändigt att uttryckligen hänvisa till detta begrepp. En ”uttrycklig begäran” i den mening som avses i artikel 170.3 a i förordningen ska nämligen inte förväxlas med det uttryckliga omnämnandet av uttrycket ”onormalt lågt anbud”. Eftersom detta uttryck inte används direkt i artikel 170.3 a i nämnda förordning, utan hänvisar till de allmänna begreppen ”egenskaper och relativa fördelar med det anbud som slutligen valts”, är det tillräckligt att den uttryckliga begäran med tillräcklig precision och klarhet avser sådana egenskaper och fördelar, utan att den exakta terminologin i andra bestämmelser i samma förordning nödvändigtvis återges.

53 Det är emellertid av avgörande betydelse att begäran från den anbudsgivare vars anbud inte valts ut är formulerad på ett sådant sätt att den inte lämnar något tvivel om dennes avsikt att förmå den upphandlande myndigheten att motivera sitt beslut att inte anse det valda anbudet vara onormalt lågt. Så är fallet när, såsom i förevarande fall, en anbudsgivare vars anbud inte valts ut underrättar den upphandlande myndigheten om två välkända potentiella konsekvenser av valet av ett onormalt lågt anbud, såsom risken för social dumpning och risken för att kontinuiteten i tjänsternas tillhandahållande äventyras.

54 Sambandet mellan sådana risker och begreppet ”onormalt lågt anbud” framgår tydligt av punkt 23.1 a, b, d och e i bilaga I till budgetförordningen, i vilken det i detta avseende föreskrivs att den upphandlande myndigheten, för att avgöra om ett anbud inte är onormalt lågt, bland annat får beakta ekonomin i sättet att tillverka varorna, sättet att tillhandahålla tjänsterna eller byggmetoderna, valda tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden som anbudsgivaren har tillgång till, samt anbudsgivarens eller dennes underleverantörers efterlevnad av tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter.

55 Tribunalen gjorde således en riktig bedömning när den i punkterna 56 och 57 i den överklagade domen fann att S2U-bolagen tydligt hade åberopat de potentiella konsekvenserna av att lämna ett onormalt lågt anbud. För att komma fram till en sådan slutsats påpekade tribunalen att S2 U-bolagen hade gjort gällande det realistiska och konkurrenskraftiga priset i sitt eget anbud, med hänsyn till marknadsvillkoren, deras erfarenhet som medkontrahent till kommissionen och de risker i samband med fullgörandet av kontraktet som skulle följa av ett anbud vars pris var betydligt lägre än det som de erbjöd.

56 Tribunalen underströk dessutom att S2U-bolagen hade uppmanat kommissionen att bland annat bekräfta att den hade kontrollerat att det valda anbudet, med hänsyn till dess pris, inte innebar någon risk för ”social dumpning”. Tribunalen gjorde därmed en riktig bedömning när den fann att S2U-bolagen hade för avsikt att understryka att det valda anbudet kunde strida mot lagstiftningen i de länder där tjänsterna skulle utföras i fråga om ersättning till personal, socialförsäkringsavgifter samt säkerhet och hälsa på arbetsplatsen, vilket innebar att anbudet även kunde utgöra en risk för kontinuiteten i tillhandahållandet av tjänsterna.

57 Tribunalen gjorde sig således inte skyldig till felaktig rättstillämpning när den, i punkterna 66 och 68 i den överklagade domen, kvalificerade begäran av den 10 juli 2020 som en ”uttrycklig begäran” avseende skälen till att den upphandlande myndigheten inte ansåg att det valda anbudet var onormalt lågt.

58 Den första grunden ska således ogillas.

Den tredje grunden: Felaktig bedömning av räckvidden av den upphandlande myndighetens motiveringsskyldighet enligt artikel 296 FEUF och artikel 170.3 i budgetförordningen

– *Parternas argument*

59 Kommissionen har gjort gällande att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att inte beakta räckvidden av den motiveringsskyldighet som åligger den upphandlande myndigheten enligt artikel 296 FEUF och artikel 170.3 i budgetförordningen.

60 Kommissionen har för det första gjort gällande att tribunalens resonemang dels i punkterna 51 och 52 i den överklagade domen, dels i punkterna 53, 54, 60, 61 och 68 i den domen, innehåller motsägelser vad gäller motiveringsskyldighetens räckvidd och leder till att den upphandlande myndighetens utvärdering av anbud som framstår som onormalt låga i två steg inte beaktas, såsom föreskrivs i punkt 23 i bilaga I till budgetförordningen. Genom att införa en så omfattande motiveringsskyldighet överskred tribunalen dessutom kraven i artikel 170.3 i förordningen, i vilken det inte anges att ett anbud är onormalt lågt är en del av motiveringen.

61 I punkt 51 i nämnda dom bekräftade tribunalen att motiveringsskyldigheten i det första skedet av bedömningen, det vill säga när den upphandlande myndigheten ansåg att ett anbud inte framstod som onormalt lågt, endast har en begränsad räckvidd. Om motiveringsskyldigheten i detta skede av bedömningen, som grundar sig på en bedömning vid första påseendet, gavs en större räckvidd, skulle det innebära att den upphandlande myndigheten ålades att bevisa något som inte kan bevisas (*probatio diabolica*).

62 Det är således endast om det råder tvivel om huruvida anbudet är onormalt lågt som den upphandlande myndigheten är skyldig att samråda med den berörda anbudsgivaren för att få tillgång till fler uppgifter om prisets och kostnadernas sammansättning. I detta andra skede av bedömningen, eftersom den upphandlande myndigheten hade kunnat göra en detaljerad kontroll av anbudet, var motiveringsskyldighetens räckvidd fullständig, såsom tribunalen slog fast i sin dom av den 4 juli 2017, European Dynamics Luxembourg m.fl./Europeiska unionens järnvägsbyrå (T-392/15, EU:T:2017:462, punkt 91).

63 I strid med motiveringsskyldighetens begränsade räckvidd, vilken betonades i punkt 51 i den överklagade domen, fann tribunalen emellertid, i sista meningen i punkt 52 i den överklagade domen, att för det fall anbudet inte framstår som onormalt lågt ska skälen till att anbudet inte framstår som onormalt lågt meddelas om en uttrycklig begäran riktas till den upphandlande myndigheten och dessa skäl, och det resonemang som ligger till grund för denna, utgör egenskaper och fördelar i den mening som avses i artikel 170.3 i budgetförordningen. Tribunalens resonemang är motsägelsefullt, eftersom det innebär att enbart en uttrycklig begäran från en anbudsgivare som inte valts ut, avseende att ett anbud är onormalt lågt, leder till att det inte görs någon åtskillnad mellan motiveringsskyldighetens omfattning i det första skedet, som påstås vara begränsad, och i det andra skedet av bedömningen, där skälen och resonemanget ska anges.

64 Denna motsägelse föranledde tribunalen att i punkterna 60 och 61 i den överklagade domen felaktigt dra slutsatsen att kommissionens motivering var otillräcklig och att kommissionen följaktligen ”för att ge ett adekvat svar på [S2U-bolagens] begäran, åtminstone ha lämnat ut uppgifter om vilken procentandel av kontraktet som skulle genomföras på underentreprenad och om vilka länder de aktuella tjänsterna skulle utföras från”.

65 Kommissionen har för det andra påpekat att tribunalen i punkt 69 i den överklagade domen kritiserade kommissionen för att den först under rättegången gav S2U-bolagen ytterligare förklaringar avseende den väsentliga prisskillnaden mellan anbuden. Tribunalen förväxlade därigenom motiveringsskyldigheten under det administrativa skedet av upphandlingsförfarandet med skyldigheten för kommissionen, i egenskap av svarande, att lämna förklaringar och uppgifter inom ramen för domstolsprövningen, vilket skulle innebära att kommissionens motiveringsskyldighet, utan någon rättslig grund, blev mer omfattande.

66 Domstolen har emellertid redan, i domen av den 14 oktober 2020, Close och Cegelec/parlamentet (C-447/19 P, ej publicerad, EU:C:2020:826, punkterna 43 och 44), slagit fast att ”[m]ed hänsyn till anbudsgivarnas och kontrollorganens respektive roller kan det inte krävas att de upplysningar som en upphandlande myndighet ska lämna till en anbudsgivare vars anbud förkastats till följd av dess motiveringsskyldighet är fullständigt identiska med de upplysningar som den upphandlande myndigheten ska lämna till domstolarna inom ramen för deras kontroll av lagenligheten av tilldelningsbeslutet. Den omständigheten att de handlingar som ingetts till tribunalen inom ramen för en åtgärd för bevisupptagning senare även överlämnas till sökanden, i förekommande fall i en icke-konfidentiell version, omfattas för övrigt av den kontradiktoriska principen och innebär inte för den skull att den upphandlande myndigheten borde ha ingett dessa handlingar redan inom ramen för motiveringen enligt bestämmelserna i unionsrätten.”

67 S2U-bolagen har gjort gällande att överklagandet inte kan vinna bifall på den tredje grunden.

– *Domstolens bedömning*

68 Domstolen finner det lämpligt att pröva den tredje grunden före den andra.

69 Domstolen ska först pröva kommissionens argument att tribunalens resonemang, dels i punkterna 51 och 52 i den överklagade domen, dels i punkterna 53, 54, 60, 61 och 68 i samma dom, innehåller motsägelser vad gäller motiveringsskyldighetens räckvidd och att det leder till ett åsidosättande av såväl artikel 170.3 i budgetförordningen som punkt 23 i bilaga I till densamma.

70 Det ska inledningsvis påpekas att tribunalen i punkterna 51–54 i den överklagade domen sammanfattade sin egen praxis avseende den upphandlande myndighetens skyldighet att motivera sitt beslut att inte anse att det valda anbudet var onormalt lågt.

71 Dessa punkter ska emellertid läsas mot bakgrund av punkterna 47–50 i den domen som de endast konkretiserar och som kommissionen inte har bestritt. Tribunalen underströk där att den upphandlande myndighetens bedömning av huruvida det förelåg onormalt låga anbud görs i två steg. Först ska den upphandlande myndigheten bedöma om det pris eller de kostnader som föreslås i anbudet ”framstår som” onormalt lågt. Användningen av verbet ”framstår” i punkt 23.1 i bilaga I till budgetförordningen betyder att den upphandlande myndigheten ska företa en bedömning vid första påseendet av huruvida ett anbud är onormalt lågt, inte att den upphandlande myndigheten på eget initiativ ska göra en detaljerad bedömning av sammansättningen av varje enskilt anbud för att fastställa att det inte utgör ett onormalt lågt anbud.

72 I detta första skede ska den upphandlande myndigheten således endast fastställa huruvida de inlämnade anbuden innehåller tecken på att de skulle kunna vara onormalt låga. Så är i synnerhet fallet när priset i ett anbud är avsevärt lägre än priserna i de övriga anbuden eller det normala marknadspriset. Om de inlämnade anbuden inte innehåller något som tyder på detta och således inte verkar vara onormalt låga, får den upphandlande myndigheten gå vidare med bedömningen av detta anbud och med upphandlingsförfarandet.

73 Om det finns tecken på att ett anbud kan vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten därefter kontrollera anbudets sammansättning för att försäkra sig om att det faktiskt inte är det. I detta syfte ska den berörda anbudsgivaren beredas tillfälle att redogöra för skälen till att den anser att dess anbud inte är onormalt lågt.

74 Den upphandlande myndigheten ska därefter bedöma de förklaringar som lagts fram och fastställa om det aktuella anbudet är onormalt lågt, i vilket fall myndigheten är skyldig att förkasta det. För att ge en tillräcklig motivering till den omständigheten att det valda anbudet, efter en fördjupad analys, inte är onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten redogöra för det resonemang som leder fram till slutsatsen att anbudet, med hänsyn till dess huvudsakligen ekonomiska egenskaper, bland annat är förenligt med lagstiftningen i det land där tjänsterna ska utföras i fråga om ersättning till personal, socialförsäkringsavgifter och iakttagande av säkerhets- och arbetarskyddsreglerna, samt att den har kontrollerat att det föreslagna priset omfattar samtliga kostnader som följer av anbudets tekniska aspekter.

75 Punkt 51 i den överklagade domen avser det första steget av kontrollen, såsom det anges i punkt 48 i den överklagade domen. Tribunalen preciserade i detta avseende att eftersom det endast krävs en kontroll vid första påseendet av den upphandlande myndigheten, det vill säga en prövning grundad på hur anbudet framstår, har den upphandlande myndigheten endast en begränsad motiveringsskyldighet, som till och med kan förenas med en underförstådd motivering. Såsom framgår av punkt 52 i nämnda dom innebär nämligen den omständigheten att en upphandlande myndighet antar ett anbud underförstått men nödvändigtvis, enligt tribunalen, att det inte fanns några tecken på att anbudet var onormalt lågt.

76 Den sista meningen i punkt 52 är visserligen inte otvetydig. Tribunalen slog nämligen i huvudsak fast att den upphandlande myndigheten ska underrätta den anbudsgivare som inte valts ut och som uttryckligen begärt detta om skälen till att det anbud som antagits inte framstod som

onormalt lågt. En sådan formulering preciserar emellertid inte om dessa skäl avser de skäl som föranlett den upphandlande myndigheten att vid första påseendet anse att det valda anbudet inte var onormalt lågt, eller tvärtom efter en detaljerad analys.

77 Kommissionen har gjort gällande att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den i punkterna 60, 61 och 68 i den överklagade domen krävde att kommissionen redan i det första skedet av bedömningen skulle lämna en detaljerad motivering till den anbudsgivare som inte valts ut och som uttryckligen hade begärt att kommissionen skulle ange skälen till att den inte ansåg att det valda anbudet var onormalt lågt.

78 Denna tolkning av den sista meningen i punkt 52 i den överklagade domen kan emellertid inte godtas.

79 Även om det är riktigt, såsom tribunalen påpekade i punkt 48 i den överklagade domen, att en upphandlande myndighet kan göra en enkel bedömning vid första påseende av huruvida ett anbud är onormalt lågt, är denna summariska kontroll endast för internt bruk och kan inte göras gällande mot en anbudsgivare vars anbud inte valts ut som styrker sina tvivel beträffande denna bedömning.

80 Av detta följer att när en anbudsgivare som inte valts ut, som inte befinner sig i en uteslutningssituation och som uppfyller urvalskriterierna, genom skriftlig och motiverad handling begär att den upphandlande myndigheten ska ange skälen till att den inte ansåg att det valda anbudet var onormalt lågt, är den upphandlande myndigheten skyldig att lämna ett detaljerat svar.

81 I punkt 23.1 i bilaga I till budgetförordningen anges följande: ”Om de priser eller kostnader som föreslås i ett anbud för ett visst kontrakt framstår som onormalt låga ska den upphandlande myndigheten skriftligen begära upplysningar om beståndsdelarna av de priser eller kostnader som den anser vara relevanta, och ge anbudsgivaren möjlighet att lämna synpunkter.” Ordalydelsen i denna bestämmelse utesluter inte att en anbudsgivare som inte valts ut kan ha gett upphov till tvivel om huruvida det valda anbudet var onormalt lågt. Den omständigheten att en sådan anbudsgivare ger upphov till dokumenterade tvivel om att det valda anbudet är onormalt lågt ska således föranleda den upphandlande myndigheten att gå över till det andra steget i prövningen.

82 Förutom för det fall de argument som framförts av den anbudsgivare vars anbud inte valts ut saknar relevans eller motivering, är den upphandlande myndigheten således skyldig att dels göra en detaljerad analys av det valda anbudet för att fastställa att det faktiskt inte är onormalt lågt, dels delge den anbudsgivare som inte valts ut och som uttryckligen har ställt frågor i detta avseende huvuddragen i denna analys.

83 Varje annan tolkning skulle kunna frånta den anbudsgivare som inte valts ut rätten till ett effektivt rättsmedel som garanteras i artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan). Det skulle nämligen vara omöjligt för en anbudsgivare att bedöma huruvida den upphandlande myndighetens beslut att det valda anbudet inte var onormalt lågt var välgrundat, om den upphandlande myndigheten bara kunde konstatera, utan att motivera detta, att detta anbud föreföll den vara förenligt med marknadsvillkoren i de länder från vilka tjänsterna i fråga ska tillhandahållas av entreprenörerna och deras underleverantörer eller att priset på det valda anbudet inte var onormalt lågt.

84 I förevarande fall, och såsom tribunalen påpekade i punkt 60 i den överklagade domen, gäller detta i än högre grad då endast två anbud hade ingetts till den upphandlande myndigheten, eftersom priskriteriet var avgörande för rangordningen av anbuden och priset i det valda anbudet var den enda relativa fördel som kännetecknade anbudet. Såsom framgår av punkt 56 i nämnda dom borde S2U-bolagens erfarenhet som avtalspart till kommissionen också ha lett till att kommissionen skulle ha beaktat deras farhågor om att det vinnande anbudet innebar en risk för social dumpning samt risker i samband med fullgörandet av kontraktet, eftersom det pris som föreslagits av den vinnande anbudsgivaren var betydligt lägre än det pris som S2U-bolagen hade lämnat i sitt anbud.

85 Tribunalen gjorde således en riktig bedömning när den i punkt 68 i den överklagade domen slog fast att kommissionen inte bara kunde konstatera att den inte ansåg att det valda anbudet framstod som onormalt lågt, utan att närmare ange för S2U-bolagen, vilka uttryckligen hade begärt det, vilka skäl som föranlett denna slutsats.

86 För det andra har kommissionen kritiserat tribunalen för att, i punkterna 60 och 69 i den överklagade domen, ha blandat ihop den upphandlande myndighetens motiveringsskyldighet och dennas befogenhet, i egenskap av svarande, att göra gällande sin rätt till försvar enligt artikel 47.2 i stadgan.

87 Det är uppenbart att en sådan argumentation saknar grund.

88 Den omständigheten att kommissionen har angett skälen till det omtvistade beslutet under rättegången kan nämligen inte kompensera den otillräckliga ursprungliga motiveringen av detta beslut. Motiveringen kan inte förklaras för första gången och i efterhand inför domstolen, utom under exceptionella omständigheter som, då det inte föreligger någon situation som ställer krav på skyndsamhet, inte föreligger i förevarande fall (se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 november 1981, Michel/parlamentet, 195/80, EU:C:1981:284, punkt 22; dom av den 28 juni 2005, Dansk Rørindustri m.fl./kommissionen, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P och C-213/02 P, EU:C:2005:408, punkt 463, och dom av den 11 juni 2020, kommissionen/Di Bernardo, C-114/19 P, EU:C:2020:457, punkt 51).

89 Om den berörda institutionen gavs möjlighet att skjuta upp sin skyldighet att motivera sitt beslut att anse att det valda anbudet inte är onormalt lågt, skulle detta påverka rätten till ett effektivt domstolsskydd för de anbudsgivare som inte valts ut, eftersom dessa anbudsgivare måste få kännedom om skälen för en rättsakt, inte bara för att kunna tillvarata sina rättigheter under bästa möjliga förutsättningar, utan även för att, med full kännedom om omständigheterna, kunna avgöra huruvida det finns anledning för dem att väcka talan vid behörig domstol (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 oktober 1987, Heylens m.fl., 222/86, EU:C:1987:442, punkt 15, och dom av den 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punkt 120).

90 Tribunalen har inte heller på något sätt krävt att kommissionen ska säkerställa att de uppgifter som den ska lämna till en anbudsgivare som inte valts ut till fullo överensstämmer med de som lämnas till unionsdomstolen. Argumentet i analogi med domen av den 14 oktober 2020, Close och Cegelec/parlamentet (C-447/19 P, ej publicerad, EU:C:2020:826, punkt 43) saknar således relevans.

91 Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser den tredje grunden.

Den andra grunden: Missuppfattning av de faktiska omständigheterna genom en felaktig bedömning av innehållet i svaret av den 20 juli 2020

– *Parternas argument*

92 Genom den andra grunden har kommissionen gjort gällande att tribunalen missuppfattade innehållet i svaret av den 20 juli 2020, vilket ledde till att den felaktigt fann att kommissionen hade åsidosatt sin motiveringsskyldighet enligt artikel 170.3 i budgetförordningen. Efter att i punkt 8 i den överklagade domen ha påpekat att kommissionen i detta svar hade påstått ”att en ingående ekonomisk analys av det utvalda anbudet hade visat att anbudet var förenligt med villkoren på marknaden i de länder där avtalsparterna”, fann tribunalen felaktigt, i punkterna 61 och 68 i den överklagade domen, att kommissionen i nämnda svar nöjde sig med att konstatera eller motivera detta genom ett enkelt påstående att priset i det valda anbudet inte var onormalt lågt. Kommissionen hade därigenom inte upplyst S2U-bolagen, som uttryckligen begärt detta, om skälen till denna slutsats.

93 Kommissionen har gjort gällande att den i sitt svar av den 20 juli 2020 inte tog ställning till huruvida det valda anbudet var onormalt lågt. Kommissionen nöjde sig med att besvara S2 U-bolagens fråga om social dumpning och förklarade att en detaljerad analys av det ekonomiska anbud som den hade valt visade att det vinnande anbudet låg i linje med marknadsvillkoren i de länder där avtalsparterna och deras underleverantörer skulle utföra de begärda tjänsterna.

94 Denna missuppfattning av innehållet i svaret av den 20 juli 2020, tillsammans med det fel som begicks vid kvalificeringen av begäran av den 10 juli 2020, föranledde tribunalen att i punkt 68 i den överklagade domen felaktigt dra slutsatsen att kommissionen hade åsidosatt sin motiveringsskyldighet.

95 S2U-bolagen har genmält att överklagandet inte kan vinna bifall på denna grund.

– *Domstolens bedömning*

96 Genom sin andra grund har kommissionen i huvudsak gjort gällande att eftersom S2U-bolagen inte hade framställt någon uttrycklig begäran till kommissionen om skälen till att den ansåg att det valda anbudet inte var onormalt lågt, besvarade kommissionen endast S2U-bolagens begäran om att det förelåg en risk för social dumpning. Tribunalen gjorde således en felaktig bedömning när den fann att det i svaret av den 20 juli 2020 angavs att priset i det valda anbudet inte var onormalt lågt och således missuppfattade innehållet i detta svar.

97 Eftersom det framgår av prövningen av den första grunden att S2U-bolagen faktiskt vände sig till kommissionen med en ”uttrycklig begäran” om att det valda anbudet var onormalt lågt, var denna institution skyldig att uppfylla de särskilda krav på motivering som följer av artikel 170.3 och punkt 23 i bilaga I till budgetförordningen. För att säkerställa den rätt till ett effektivt rättsmedel som garanteras i artikel 47 i stadgan för den anbudsgivare vars anbud inte valts ut, kunde kommissionen, i egenskap av upphandlande myndighet, inte nöja sig med att, i bestämda ordalag och utan att anföra någon som helst motivering till detta, påstå att det valda anbudet inte innebar någon risk för social dumpning.

98 Domstolen erinrar om att den rätt till ett effektivt rättsmedel som garanteras i artikel 47 i sig är tillräcklig och att den inte behöver preciseras genom bestämmelser i unionsrätten för att ge enskilda en rätt som kan åberopas som sådan (dom av den 17 april 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, punkt 78, och dom av den 14 juli 2022, EPIC Financial Consulting, C-274/21 och C-275/21, EU:C:2022:565, punkt 83).

99 Även om det antas att tribunalen, genom att anse att svaret av den 20 juli 2020 endast bekräftade att priset i det valda anbudet inte var onormalt lågt, missuppfattade innehållet i detta svar, kan en sådan missuppfattning inte påverka konstaterandet i punkt 97 ovan, enligt vilket kommissionen måste iaktta de särskilda krav på motivering som följer av artikel 170.3 och punkt 23 i bilaga I till budgetförordningen, och att den inte kunde nöja sig med att utan någon motivering hävda att det valda anbudet inte innebar någon risk för social dumpning.

100 Överklagandet kan således inte vinna bifall på den andra grunden, eftersom den är verkningslös.

101 Eftersom överklagandet inte kan vinna bifall på någon av de tre grunder som kommissionen har åberopat till stöd för sitt överklagande, ska överklagandet ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

102 Enligt artikel 184.2 i domstolens rättegångsregler ska domstolen besluta om rättegångskostnaderna när överklagandet avvisas eller ogillas.

103 Enligt artikel 138.1 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 184.1 ska tillämpas i mål om överklagande, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. S2U-bolagen har yrkat att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom kommissionen har tappat målet, ska S2U-bolagens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (åttonde avdelningen) följande:

1) Överklagandet ogillas.

2) Europeiska kommissionen ska ersätta rättegångskostnaderna.

Underskrifter