

## 21

**Het Gerecht over de abnormaal lage inschrijving en de bijbehorende motiveringsplicht**

Hof van Justitie EU  
1 december 2021, Nr. T-546/20,  
ECLI:EU:T:2021:846  
(D. Spielmann, U. Öberg, R. Mastroianni)  
Noot prof. mr. P.H.L.M. Kuypers

**Abnormaal lage inschrijving. Beoordelingsvrijheid. Overheidsopdrachten voor diensten. Motiveringsplicht. Unierecht.**

[Financieel Reglement art. 170; HGEU art. 41 lid 2]

**Feiten**

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 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. Op 27 februari 2020 hebben verzoeksters (Sopra en Unisys Belgium) 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. Bij brief van 10 juli 2020 hebben verzoeksters de uitkomst van de aanbestedingsprocedure (namelijk dat die aan ARHS-IMR werd gegund) betwist.

**Beoordeling van de zaak**

Met het tweede middel, dat als eerste moet worden onderzocht, voeren verzoeksters in essentie aan dat de aanbestedende dienst geen rekening heeft gehouden met het aanzienlijke verschil tussen de prijs van hun offerte en die van de offerte van de gekozen inschrijver. Het Gerecht oordeelt als volgt. De Commissie beschikt over een ruime beoordelingsvrijheid met betrekking tot de elementen die in aanmerking dienen te worden

genomen bij een besluit inzake de gunning van een opdracht (zie ECLI:EU:T:2017:55, pt. 35). Daarbij is het van des te groter fundamenteel belang dat de door de rechtsorde van de Unie in administratieve procedures geboden waarborgen worden nageleefd. Tot die waarborgen behoort met name de verplichting voor de bevoegde instelling om haar besluiten toereikend te motiveren (zie o.a. ECLI:EU:C:1991:438, pt. 14).

Allereerst stelt de aanbestedende dienst alle niet-gekozen inschrijvers in kennis van de afwijzing van hun offerte en van de redenen daarvoor. Indien een afgewezen inschrijver die niet in een uitsluitingssituatie verkeert en voldoet aan de selectiecriteria, een schriftelijk verzoek ter zake indient, deelt de aanbestedende dienst vervolgens overeenkomstig art. 170 lid 3 Financieel Reglement (hierna: FR) en punt 31.2 van bijlage I daarbij zo snel mogelijk en in ieder geval binnen een termijn van 15 dagen na ontvangst van dit verzoek, de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte mee, alsmede de betaalde prijs of de waarde van de opdracht en de naam van de inschrijver aan wie de opdracht is gegund. Ook dient rekening te worden gehouden met de regeling inzake abnormaal lage offertes. Bovendien zijn relevant pt. 23.1 en pt. 23.2 FR, bijlage I. De vraag of een offerte abnormaal laag is, moet worden beoordeeld op basis van de samenstelling van de offerte en de te verrichten dienst (zie ECLI:EU:T:2017:462, pt. 83).

De verplichting voor de aanbestedende dienst om de ernst van een offerte te onderzoeken, ontstaat wanneer er vooraf twijfel bestond omtrent de betrouwbaarheid daarvan. Alleen wanneer sprake is van dergelijke twijfel, moet het evaluatiecomité de nodige toelichting vragen over de samenstelling van de offerte, alvorens deze af te wijzen. De aanbestedende dienst beoordeelt in twee fasen of offertes abnormaal laag zijn. In eerste instantie beoordeelt de aanbestedende dienst of de in de offerte voorgestelde prijs of kosten abnormaal laag 'lijkt/lijken'. In deze eerste fase moet de aanbestedende dienst alleen bepalen of de ingediende offertes een aanwijzing bevatten die het vermoeden kan wekken dat deze abnormaal laag zouden kunnen zijn (zie ECLI:EU:T:2017:462, pt. 88). Indien er aanwijzingen bestaan die het vermoeden kunnen wekken dat een offerte abnormaal laag zou kunnen zijn, moet de aanbestedende dienst daarentegen in tweede instantie de samenstelling van die offerte onderzoeken om

zich ervan te vergewissen dat deze niet abnormaal laag is. Bij een dergelijk onderzoek moet de aanbestedende dienst 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 (zie ECLI:EU:T:2017:462, pt. 89).

Gelet op het feit dat het door verzoeksters gevormde consortium en de gekozen inschrijver als enigen een offerte voor perceel A hadden ingediend en er dus slechts één vergelijkingsbasis was, namelijk de prijs van de offerte van verzoeksters, om te bepalen of er een aanwijzing was dat de prijs van de gekozen offerte als abnormaal laag kon worden beschouwd, kon de Commissie in die omstandigheden niet volstaan met de opmerking dat de gekozen offerte in overeenstemming was met de marktvoorwaarden van de landen van waaruit de contractanten en hun onderaannemers de betrokken diensten zouden verrichten. Aangezien het prijscriterium doorslaggevend was voor de rangschikking van de offertes en het enige relatieve voordeel van de gekozen offerte was gelegen in de prijs ervan, had de Commissie immers, als passende reactie op de vraag van verzoeksters, 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, zoals zij in haar verweerschrift en ter terechtzitting heeft gedaan. Die informatie had verzoeksters in staat gesteld om het prijsverschil tussen de twee offertes beter te begrijpen. Met dergelijke informatie zouden verzoeksters 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. Aangezien de Commissie in haar brief van 20 juli 2020 louter heeft verklaard dat de prijs van de gekozen offerte niet abnormaal laag was, is zij de in deze omstandigheden op haar rustende motiveringsplicht niet nagekomen. Aan deze vaststelling kan niet worden afgedaan door, ten eerste, het argument van de Commissie dat er specifieke regels bestaan betreffende de omvang van de motivering omtrent het eventuele bestaan van abnormaal lage offertes, waarbij die regels

uitsluitend van toepassing zijn wanneer eraan wordt getwijfeld of de prijs van de gekozen offerte normaal is, hetgeen in casu niet het geval was. Dit argument berust op een onjuiste lezing van het door de Commissie aangehaalde ECLI:EU:T:2019:572, pt. 49. Ten tweede kan niet worden aanvaard dat een aanbestedende dienst zich met louter een beroep op FR bijlage I, pt. 23.1 onttrekt aan de verplichting van art. 170 lid 3 FR. De Commissie kon zich dus niet beperken tot de vaststelling dat de gekozen offerte haar niet abnormaal leek, zonder verzoeksters (die daar uitdrukkelijk om hadden verzocht) te preciseren op welke gronden zij tot die conclusie was gekomen. In de loop van het geding heeft de Commissie een aantal toelichtingen verstrekt, maar deze kunnen niet in aanmerking worden genomen, omdat enkel rekening kan worden gehouden met de informatie die verzoeksters vóór de instelling van het onderhavige beroep hebben ontvangen.

Niet kan worden geoordeeld dat verzoeksters kennis hebben kunnen nemen van alle informatie over de samenstelling van de offerte van het consortium ARHS-IBM op grond waarvan de Commissie kon overwegen dat deze offerte niet abnormaal laag leek.

Het onderhavige middel dient daarom te worden toegewezen en het bestreden besluit bijgevolg dient nietig te worden verklaard, zonder dat het eerste middel van het beroep hoeft te worden onderzocht (zie ECLI:EU:T:2019:572, pt. 88).

### Beslissing

Het besluit van de Europese Commissie van 2 juli 2020 tot afwijzing van de gezamenlijke offerte van Sopra Steria Benelux en Unisys Belgium en tot gunning van de opdracht aan het andere consortium dat had ingeschreven, wordt nietig verklaard voor zover het perceel A betreft.

In zaak T-546/20,

Sopra Steria Benelux, gevestigd te Elsene (België),  
 Unisys Belgium, gevestigd te Machelen (België),  
 vertegenwoordigd door L. Masson en G. Tilman,  
 advocaten,  
 verzoeksters,  
 tegen  
 Europese Commissie, vertegenwoordigd door  
 L. André en M. Ilkova als gemachtigden,  
 verweerster,

betreffende een verzoek krachtens artikel 263 VWEU tot nietigverklaring van het besluit van de Commissie van 2 juli 2020 tot afwijzing van de gezamenlijke offerte van Sopra Steria Benelux en Unisys Belgium 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 aan het andere consortium dat had ingeschreven, wijst

HET GERECHT (Vijfde kamer),  
samengesteld als volgt: D. Spielmann, president,  
U. Öberg en R. Mastroianni (rapporteur), rechters,  
griffier: H. Eriksson, administrateur,  
gezien de stukken en na de terechtzitting op 5 oktober 2021,  
het navolgende

### 1. Arrest

#### Voorgeschiedenis van het geding

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 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 offertes. 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 ontvankelijk-

heid, niet-uitsluiting, capaciteit en conformiteit van de offerte.

2. Op 27 februari 2020 hebben verzoeksters, Sopra Steria Benelux (hierna: “Sopra”) en Unisys Belgium, 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 verzoeksters 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 (hierna samen: “bestreden besluit”). 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. Verzoeksters hebben diezelfde dag een dergelijk verzoek ingediend.

4. Uit het uittreksel uit het beoordelingsrapport blijkt dat de offerte van verzoeksters een totaalscore van 90,81 punten heeft gekregen, die als volgt was onderverdeeld:

Inschrijver	Prijs	Kwalitatieve score	Financiële score	Totaalscore
Consortium Sopra en Unisys Belgium	21 699 281,86 EUR	70,00	20,81	90,81

5. Bij brief van 3 juli 2020 heeft de Commissie verzoeksters 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, die als volgt was onderverdeeld:

Inschrijver	Prijs	Kwalitatieve score	Financiële score	Totaalscore
Consortium ARHS-IBM	15 054 925,60 EUR	68,53	30,00	98,53

7. Bij brief van 10 juli 2020 hebben verzoeksters de uitkomst van de aanbestedingsprocedure bevestigd 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 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.

### 2. Procedure en conclusies van partijen

9. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 2 september 2020, hebben verzoeksters het onderhavige beroep ingesteld.

10. De Commissie heeft op 4 december 2020 haar verweerschrift ter griffie van het Gerecht neergelegd.

11. Op 21 december 2020 heeft het Gerecht op grond van artikel 83, lid 1, van zijn Reglement voor de procesvoering beslist dat een tweede memoriewisseling niet nodig was.

12. Op 15 januari 2021 is de schriftelijke behandeling gesloten.

13. Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 9 februari 2021, hebben verzoeksters om een pleitzitting verzocht.

14. Op 15 juni 2021 hebben verzoeksters een nieuwe bewijsaanbieding overgelegd overeenkomstig artikel 85, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering.

15. Op 2 juli 2021 heeft de Commissie hierover een standpunt ingenomen.

16. Partijen zijn ter terechtzitting van 5 oktober 2021 in hun pleidooien en hun antwoorden op de mondelinge vragen van het Gerecht gehoord.

17. Verzoeksters verzoeken het Gerecht in essentie:

- het bestreden besluit nietig te verklaren;
- de Commissie te verwijzen in de kosten.

18. De Commissie verzoekt het Gerecht:

- het beroep te verwerpen;
- verzoeksters te verwijzen in de kosten.

### 3. In rechte

19. Ter ondersteuning van het beroep voeren verzoeksters twee middelen aan. Het eerste middel betreft schending van punt 23 van bijlage I bij 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”), en een kennelijke beoordelingsfout. Het tweede middel betreft een ontoereikende motivering.

20. Met het tweede middel, dat als eerste moet worden onderzocht, voeren verzoeksters in essentie aan dat de aanbestedende dienst geen rekening heeft gehouden met het aanzienlijke verschil tussen de prijs van hun offerte en die van de offerte van de gekozen inschrijver. Dat verschil had moeten worden beschouwd als een aanwijzing die het vermoeden kon wekken dat de offerte van de gekozen inschrijver abnormaal laag was. Voorts zou de aanbestedende dienst onvoldoende hebben gemotiveerd waarom hij meende dat de gekozen offerte niet abnormaal laag was.

21. Meer in het bijzonder is het bestreden besluit, aangevuld met de uittreksels uit het beoordelingsrapport, ontoereikend gemotiveerd wat de vraag betreft of de voor perceel A van de betrokken opdracht gekozen offerte buitensporig laag was.

22. Volgens verzoeksters bevatte de brief van de Commissie van 2 juli 2020 geen enkele rechtvaardiging voor de door de aanbestedende dienst gemaakte keuze. De brief van de Commissie van 3 juli 2020 bevatte volgens hen evenmin een toelichting of een motivering van de in het kader van

de gunning van de opdracht gemaakte keuze. Wat ten slotte de brief van 20 juli 2020 betreft, waarmee gevolg werd gegeven aan hun uitdrukkelijke verzoek, betogen verzoeksters dat de Commissie daarin enkel heeft aangegeven dat uit een grondige 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 hun diensten zouden verrichten. Een dergelijke verklaring toont aan dat de Commissie prima facie twijfelde of de prijs van de offerte van het consortium ARHS-IBM normaal was, hetgeen in tegenpraak is met de beknoptheid van de motivering van het besluit tot aanvaarding van die offerte.

23. Verzoeksters verwijten de Commissie aldus dat zij niet heeft uitgelegd op grond van welke redenering zij de prijs van de gekozen offerte als normaal heeft beschouwd, en dat zij, ten eerste, niet heeft uiteengezet op grond van welke redenering zij tot de slotsom was gekomen dat deze offerte, gelet op hoofdzakelijk de financiële kenmerken ervan, met name de wetgeving van de landen waar de diensten moeten worden uitgevoerd, eerbiedigt wat betreft de bezoldiging van het personeel, de bijdragen aan het socialezekerheidsstelsel en de naleving van de normen inzake veiligheid en gezondheid op het werk en, ten tweede, niet heeft aangegeven of zij had nagegaan dat de voorgestelde prijs alle door de technische aspecten van de gekozen offerte veroorzaakte kosten omvatte.

24. De Commissie heeft haar beoordeling van de mogelijke gevolgen van een abnormaal lage offerte, die verzoeksters uitdrukkelijk hebben aangestipt in hun brief van 10 juli 2020, namelijk een risico van sociale dumping en een risico op het vlak van de continuïteit van de dienstverlening, dus niet naar behoren gemotiveerd.

25. De Commissie betwist de argumenten van verzoeksters.

26. Volgens haar zijn de specifieke regels inzake de motiveringsplicht in geval van abnormaal lage offertes alleen van toepassing indien er wordt getwijfeld of de prijs van een offerte normaal is, hetgeen in casu niet het geval is geweest, zodat alleen de algemene motiveringsplicht van toepassing is.

27. In casu stelt de Commissie dat zij verzoeksters in haar brief van 3 juli 2020 de gevraagde informatie heeft verstrekt. In het beoordelingsrapport wordt nergens vermeld dat de prijs van de geko-

zen offerte abnormaal laag is, omdat er in het kader van het onderzoek van die offerte geen enkele aanwijzing in die zin was gevonden.

28. De Commissie brengt in herinnering dat zij bij brief van 20 juli 2020 heeft geantwoord op de vragen van verzoeksters, die met name betrekking hadden op het risico van sociale dumping, door te preciseren dat beide offertes zeer gedetailleerd waren geanalyseerd en dat zij prima facie in overeenstemming leken te zijn met de marktvoorwaarden van de landen van waaruit de diensten zouden worden uitgevoerd.

29. In dit verband betoogt de Commissie dat, anders dan verzoeksters stellen, uit het feit dat zij heeft gepreciseerd dat er een “grondige analyse” was verricht, geenszins blijkt dat zij prima facie twijfelde of de door het consortium ARHS-IBM voorgestelde prijs normaal was. Elke offerte wordt immers grondig onderzocht en de aanbestedende dienst moet prima facie nagaan of er aanwijzingen zijn waaruit zou kunnen blijken dat een offerte niet marktconform is. De motivering in de brief van 20 juli 2020 moet vanuit deze optiek worden gelezen.

30. De Commissie is dus van mening dat zij haar algemene motiveringsplicht is nagekomen en dat de door verzoeksters aangevoerde specifieke verplichtingen slechts gelden wanneer er wordt getwijfeld of de prijs van een offerte normaal is, hetgeen in casu niet het geval is geweest.

31. Vooraf moet worden opgemerkt dat verzoeksters met het onderhavige middel inzake ontoereikende motivering in essentie stellen dat het bestreden besluit ontoereikend is gemotiveerd wat het eventuele abnormaal lage karakter van de gekozen offerte betreft, zoals blijkt uit zowel het verzoekschrift als hun pleidooi.

32. In dit verband moet in herinnering worden gebracht dat de Commissie over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt met betrekking tot de elementen die in aanmerking dienen te worden genomen bij een besluit inzake de gunning van een opdracht. De rechterlijke toetsing van de uitoefening van die beoordelingsvrijheid beperkt zich derhalve tot de toetsing of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn vastgesteld en of er geen sprake is van een kennelijke beoordelingsfout of misbruik van bevoegdheid (zie arrest van 2 februari 2017, *European Dynamics Luxembourg en Evropaiki Dynamiki/Commissie*, T-74/15, niet

gepubliceerd, ECLI:EU:T:2017:55, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

33. Volgens vaste rechtspraak is het in gevallen waarin de Commissie over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt, van des te groter fundamenteel belang dat de door de rechtsorde van de Unie in administratieve procedures geboden waarborgen worden nageleefd. Tot die waarborgen behoort met name de verplichting voor de bevoegde instelling om haar besluiten toereikend te motiveren. Enkel dan kan de Unierechter nagaan of is voldaan aan alle feitelijke en juridische vereisten waarvan de uitoefening van de beoordelingsvrijheid afhangt (arresten van 21 november 1991, Technische Universität München, C-269/90, ECLI:EU:C:1991:438, punt 14; 10 september 2008, Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-465/04, niet gepubliceerd, ECLI:EU:T:2008:324, punt 54, en 2 februari 2017, European Dynamics Luxembourg en Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-74/15, niet gepubliceerd, ECLI:EU:T:2017:55, punt 36).

34. Volgens artikel 41, lid 2, onder c), van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie moeten de betrokken diensten hun beslissingen met redenen omkleden. Deze motiveringsplicht veronderstelt dat overeenkomstig artikel 296, tweede alinea, VWEU de redenering van de instantie waarvan de handeling afkomstig is, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking dient te worden gebracht zodat enerzijds de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel en hun rechten kunnen verdedigen, en anderzijds de Unierechter zijn toezicht kan uitoefenen (arresten van 25 februari 2003, Strabag Benelux/Raad, T-183/00, ECLI:EU:T:2003:36, punt 55; 24 april 2013, Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-32/08, niet gepubliceerd, ECLI:EU:T:2013:213, punt 37, en 16 mei 2019, Transtec/Commissie, T-228/18, ECLI:EU:T:2019:336, punt 91).

35. De op de betrokken dienst rustende verplichting om zijn besluiten met redenen te omkleden vormt dus niet alleen een algemene uitdrukking van de transparantie van het optreden van die dienst, maar moet ook de particulier in staat stellen om met volledige kennis van zaken te beslissen of het zinvol is om zich tot een rechterlijke instantie te wenden. Er bestaat dus een nauw verband tussen, enerzijds, de motiveringsplicht en, anderzijds, het grondrecht op effectieve rechterlijke bescherming en het door artikel 47 van het

Handvest van de grondrechten gewaarborgde recht op een doeltreffende voorziening in rechte. Met andere woorden, de motiveringsplicht draagt bij tot een effectieve rechterlijke bescherming (zie in die zin arresten van 10 oktober 2012, Sviluppo Globale/Commissie, T-183/10, niet gepubliceerd, ECLI:EU:T:2012:534, punt 40, en 4 juli 2017, European Dynamics Luxembourg e.a./Spoorwegbureau van de Europese Unie, T-392/15, ECLI:EU:T:2017:462, punt 73 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

36. Hieruit volgt dat de vraag of de motiveringsplicht is nagekomen in beginsel moet worden beoordeeld aan de hand van de informatie waarover verzoeksters beschikten uiterlijk op het tijdstip waarop zij hun beroep hebben ingesteld. Zo mag de motivering niet voor het eerst en a posteriori voor de rechter worden uiteengezet en kunnen alleen uitzonderlijke omstandigheden rechtvaardigen dat de rechter rekening houdt met elementen die tijdens het geding worden aangevoerd (zie arrest van 4 juli 2017, European Dynamics Luxembourg e.a./Spoorwegbureau van de Europese Unie, T-392/15, ECLI:EU:T:2017:462, punt 74 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

37. Voorts moet het motiveringsvereiste worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, met name de inhoud van de handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de adressaten of andere personen die rechtstreeks en individueel door de handeling worden geraakt, bij een verklaring kunnen hebben. Het is niet noodzakelijk dat alle relevante feitelijke en juridische gegevens in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de vraag of de motivering van een handeling aan de vereisten van artikel 296 VWEU voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de bewoordingen ervan, maar ook op de context waarin deze is genomen, en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (zie arresten van 11 juli 2013, Ziegler/Commissie, C-439/11 P, ECLI:EU:C:2013:513, punt 116 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 4 juli 2017, European Dynamics Luxembourg e.a./Spoorwegbureau van de Europese Unie, T-392/15, ECLI:EU:T:2017:462, punt 75 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

38. De motiveringsplicht van de aanbestedende dienst wordt verduidelijkt in de regels inzake overheidsopdrachten van de Unie die zijn opgenomen in het Financieel Reglement en in bijlage I daarbij. Meer in het bijzonder voorzien artikel 170

van het Financieel Reglement en artikel 31 van de bijlage daarbij ten aanzien van afgewezen inschrijvers in een motivering in twee fasen.

39. Allereerst stelt de aanbestedende dienst alle niet-gekozen inschrijvers in kennis van de afwijzing van hun offerte en van de redenen daarvoor. Indien een afgewezen inschrijver die niet in een uitsluitingssituatie verkeert en voldoet aan de selectiecriteria een schriftelijk verzoek ter zake indient, deelt de aanbestedende dienst vervolgens overeenkomstig artikel 170, lid 3, van het Financieel Reglement en punt 31.2 van bijlage I daarbij zo snel mogelijk en in ieder geval binnen een termijn van 15 dagen na ontvangst van dit verzoek, de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte mee, alsmede de betaalde prijs of de waarde van de opdracht en de naam van de inschrijver aan wie de opdracht is gegund.

40. Deze bekendmaking van de redenen in twee fasen stemt overeen met het doel van de motiveringsplicht, dat – zoals verduidelijkt in de punten 34 en 35 hierboven – erin bestaat, enerzijds, het de belanghebbenden mogelijk te maken kennis te nemen van de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel en hun rechten te verdedigen en, anderzijds, de Unierechter in de gelegenheid te stellen zijn toezicht uit te oefenen (zie in die zin arrest van 4 juli 2017, *European Dynamics Luxembourg e.a./Spoorwegbureau van de Europese Unie*, T-392/15, ECLI:EU:T:2017:462, punt 79 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

41. Aangezien, zoals in herinnering gebracht in punt 37 hierboven, de motiveringsplicht van een handeling afhangt van de feitelijke en juridische context waarbinnen deze is vastgesteld, dient in casu ook rekening te worden gehouden met de regelgeving inzake abnormaal lage offertes.

42. In dit verband bepaalt punt 23.1 van bijlage I bij het Financieel Reglement 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”.

43. Volgens punt 23.2 van bijlage I bij het Financieel Reglement “wijst [de aanbestedende dienst] de inschrijving alleen af wanneer de lage aangerekende prijzen of kosten niet genoegzaam worden gestaafd door het verstrekte bewijsmateriaal”. Bovendien “wijst [hij] 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”.

44. Het begrip “abnormaal lage offerte” wordt niet omschreven in de bepalingen van het Financieel Reglement. Evenwel is reeds geoordeeld dat de vraag of een offerte abnormaal laag is, moet worden beoordeeld op basis van de samenstelling van de offerte en de te verrichten dienst (zie arrest van 4 juli 2017, *European Dynamics Luxembourg e.a./Spoorwegbureau van de Europese Unie*, T-392/15, ECLI:EU:T:2017:462, punt 83 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

45. De verplichting voor de aanbestedende dienst om de ernst van een offerte te onderzoeken ontstaat wanneer er vooraf twijfel bestond omtrent de betrouwbaarheid daarvan, aangezien het doel van punt 23.2 van bijlage I bij het Financieel Reglement hoofdzakelijk erin bestaat dat een inschrijver niet van de aanbestedingsprocedure wordt uitgesloten zonder dat hij de mogelijkheid heeft gehad de inhoud van zijn abnormaal laag lijkende offerte te rechtvaardigen. Alleen wanneer sprake is van dergelijke twijfel, moet het evaluatiecomité dus de nodige toelichting vragen over de samenstelling van de offerte, alvorens deze, in voorkomend geval, af te wijzen overeenkomstig dat punt 23.2. In het geval dat een offerte niet abnormaal laag lijkt in de zin van voornoemd punt 23.2, is deze bepaling daarentegen niet van toepassing [zie in die zin en naar analogie arresten van 6 juli 2005, *TQ3 Travel Solutions Belgium/Commissie*, T-148/04, ECLI:EU:T:2005:274, punten 49 en 50; 5 november 2014, *Computer Resources International (Luxembourg)/Commissie*, T-422/11, ECLI:EU:T:2014:927, punt 57, en 4 juli 2017, *European Dynamics Luxembourg e.a./Spoorwegbureau van de Europese Unie*, T-392/15, ECLI:EU:T:2017:462, punt 85].

46. Volgens de rechtspraak kan er onder meer sprake zijn van dergelijke twijfel indien het onzeker lijkt, ten eerste, dat een offerte 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, de naleving van de normen inzake veiligheid en gezondheid op het werk en de verkoop met verlies, en, ten tweede, dat de voorgestelde prijs alle door de technische aspecten van de offerte veroorzaakte kosten omvat (zie arrest van 4 juli 2017, *European Dynamics*

Luxembourg e.a./Spoorwegbureau van de Europese Unie, T-392/15, ECLI:EU:T:2017:462, punt 86 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

47. Uit het voorgaande blijkt dat de aanbestedende dienst in twee fasen beoordeelt of er sprake is van abnormaal lage offertes.

48. 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. De aanbestedende dienst moet dus in deze eerste fase alleen bepalen of de ingediende offertes een aanwijzing bevatten die het vermoeden kan wekken 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 offertes of dan de gebruikelijke marktprijs. Indien de ingediende offertes 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 (zie in die zin en naar analogie arrest van 4 juli 2017, *European Dynamics Luxembourg e.a./Spoorwegbureau van de Europese Unie*, T-392/15, ECLI:EU:T:2017:462, punt 88).

49. Indien er aanwijzingen bestaan die het vermoeden kunnen wekken dat een offerte abnormaal laag zou kunnen zijn, moet de aanbestedende dienst daarentegen in tweede instantie de samenstelling van die offerte onderzoeken om zich ervan te vergewissen dat deze niet abnormaal laag is. Bij een dergelijk onderzoek moet de aanbestedende dienst 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 (arrest van 4 juli 2017, *European Dynamics Luxembourg e.a./Spoorwegbureau van de Europese Unie*, T-392/15, ECLI:EU:T:2017:462, punt 89).

50. Het Gerecht heeft reeds de gelegenheid gehad om zich uit te spreken over de motiveringsplicht die de aanbestedende dienst ten aanzien van een afgewezen inschrijver heeft wanneer deze dienst

tijdens de fase van de evaluatie van de offertes heeft getwijfeld of een ingediende offerte abnormaal laag was en, na de betrokken inschrijver te hebben gehoord en een grondiger onderzoek te hebben verricht, heeft geoordeeld dat die offerte niet abnormaal laag was. In het bijzonder heeft het Gerecht geoordeeld dat, om toereikend te motiveren dat na een grondige analyse is gebleken dat de gekozen offerte niet abnormaal laag was, de aanbestedende dienst de redenering moest uiteenzetten op basis waarvan, ten eerste, hij tot de slotsom was gekomen dat deze offerte door de hoofdzakelijk financiële kenmerken ervan met name de wetgeving van het land waar de diensten zouden moeten worden uitgevoerd, eerbiedigde 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, hij had nagegaan dat de voorgestelde prijs alle door de technische aspecten van die offerte veroorzaakte kosten omvatte (zie arrest van 4 juli 2017, *European Dynamics Luxembourg e.a./Spoorwegbureau van de Europese Unie*, T-392/15, ECLI:EU:T:2017:462, punt 91 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

51. Wat betreft de omvang van de motiveringsplicht die op de aanbestedende dienst rust wanneer hij van mening is dat de gekozen offerte niet abnormaal laag lijkt, blijkt uit de in de punten 42 tot en met 45 hierboven vermelde regels inzake abnormaal lage offertes en meer in het bijzonder uit de omstandigheid dat de aanbestedende dienst in eerste instantie alleen prima facie moet beoordelen of een offerte abnormaal laag is, dat zijn motiveringsplicht een beperkte omvang heeft. Indien de aanbestedende dienst zou worden verplicht gedetailleerd uiteen te zetten waarom een offerte hem niet abnormaal laag lijkt, zou immers voorbij worden gegaan aan het onderscheid tussen de twee fasen van het onderzoek waarin punt 23 van bijlage I bij het Financieel Reglement voorziet (zie in die zin en naar analogie arrest van 4 juli 2017, *European Dynamics Luxembourg e.a./Spoorwegbureau van de Europese Unie*, T-392/15, ECLI:EU:T:2017:462, punt 92).

52. 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 de door hem gekozen



offerte hem niet abnormaal laag leek. Wanneer de aanbestedende dienst die offerte heeft gekozen, volgt daaruit immers impliciet maar noodzakelijkerwijs dat hij van mening was dat er geen aanwijzingen waren waaruit bleek dat deze offerte abnormaal laag was. Dergelijke redenen moeten daarentegen ter kennis worden gebracht van een afgewezen inschrijver die daar uitdrukkelijk om verzoekt (zie in die zin en naar analogie arrest van 4 juli 2017, *European Dynamics Luxembourg e.a./Spoorwegbureau van de Europese Unie*, T-392/15, ECLI:EU:T:2017:462, punt 93).

53. Van een aanbestedende dienst verlangen dat hij op verzoek van een afgewezen inschrijver aan toont dat de gekozen offerte niet abnormaal laag is, maakt het immers mogelijk om artikel 170, lid 3, van het Financieel Reglement en punt 31.2 van bijlage I daarbij in acht te nemen, aangezien een dergelijke motivering de afgewezen inschrijver informeert over een belangrijk aspect van de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte (zie in die zin en naar analogie arresten van 15 oktober 2013, *European Dynamics Belgium e.a./EMA*, T-638/11, niet gepubliceerd, ECLI:EU:T:2013:530, punt 66, en 2 februari 2017, *European Dynamics Luxembourg en Evropaïki Dynamiki/Commissie*, T-74/15, niet gepubliceerd, ECLI:EU:T:2017:55, punt 51).

54. Bovendien is het volgens de rechtspraak voldoende dat de aanbestedende dienst zich beperkt tot de enkele vaststelling dat de in het kader van de gunningsprocedure gekozen offerte niet abnormaal laag is of tot de opmerking dat die offerte niet abnormaal laag werd geacht (zie in die zin arrest van 2 februari 2017, *European Dynamics Luxembourg en Evropaïki Dynamiki/Commissie*, T-74/15, niet gepubliceerd, ECLI:EU:T:2017:55, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

55. In casu dient erop te worden gewezen dat in de brieven van 2 en 3 juli 2020 (zie punten 3 en 5 hierboven) de Commissie zich – overeenkomstig artikel 170 van het financieel reglement en punt 31 van bijlage I daarbij – ertoe heeft beperkt, eerst verzoeksters 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 verzoeksters, hun de naam van de gekozen inschrijver mee te delen alsmede een ander uittreksel uit dat rapport waaruit de kenmerken en de relatieve voordelen van de gekozen

offerte moesten blijken. Uit dit laatste uittreksel blijkt dat de aan verzoeksters meegedeelde details van de gekozen offerte, naast de prijs, de financiële score en de prijs/kwaliteit verhouding ervan, zoals uitgedrukt in de eindscore, alleen betrekking hadden op de technische aspecten van deze offerte. Meer bepaald zagen de in dit stadium meegedeelde details geenszins op het onderzoek van het eventueel abnormaal lage karakter van de prijs van de gekozen offerte.

56. Bij brief van 10 juli 2020 (zie punt 7 hierboven) hebben verzoeksters 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” inhield. Hierbij hebben zij 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.

57. Het is juist dat verzoeksters het begrip “abnormaal lage offerte” niet uitdrukkelijk hebben gehanteerd. Dit neemt niet weg dat verzoeksters, zoals zij in het verzoekschrift hebben betoogd zonder op dit punt te zijn tegengesproken door de Commissie in haar verweerschrift of in antwoord op een vraag van het Gerecht ter terechtzitting, duidelijk hebben gewezen op de mogelijke gevolgen die inherent zijn aan de indiening van een abnormaal lage offerte, namelijk een risico van sociale dumping – aangezien een dergelijke offerte de wetgeving van de landen waar de diensten zouden moeten worden uitgevoerd, mogelijk anderszins niet naleeft wat betreft de bezoldiging van het personeel, de bijdragen aan het socialezekerheidsstelsel en de normen inzake veiligheid en gezondheid op het werk – alsmede een risico op het vlak van de continuïteit van de dienstverlening.

58. In dit verband moet worden opgemerkt dat de Commissie in haar brief van 20 juli 2020 enkel heeft geantwoord 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.

59. Uit de brief van de Commissie van 2 juli 2020 blijkt dat de gezamenlijke offerte die het door verzoeksters gevormde consortium voor perceel A

had ingediend, niet is geselecteerd omdat zij niet werd beschouwd als de economisch meest voordelige offerte. Uit de twee uittreksels uit het rapport van het evaluatiecomité die de Commissie verzoeksters heeft toegezonden (zie punten 4 en 6 hierboven), blijkt dat er minder dan 7,72 punten verschil was tussen de totale score van hun offerte en die van de gekozen offerte. Daaruit blijkt ook dat dit verschil volledig te wijten was aan het aanzienlijke verschil, te weten 6 644 356,26 EUR, tussen de door verzoeksters voorgestelde prijs en die van de gekozen inschrijver, hetgeen leidde tot een verschil van 9,19 punten ten nadele van verzoeksters wat de financiële score betreft, terwijl hun offerte wat de kwalitatieve score betreft 1,47 punten meer had behaald dan de gekozen offerte.

60. Gelet op het feit dat het door verzoeksters gevormde consortium en de gekozen inschrijver als enigen een offerte voor perceel A hadden ingediend en er dus slechts één vergelijkingsbasis was, namelijk de prijs van de offerte van verzoeksters, om te bepalen of er een aanwijzing was dat de prijs van de gekozen offerte als abnormaal laag kon worden beschouwd, kon de Commissie in die omstandigheden niet volstaan met de opmerking dat de gekozen offerte in overeenstemming was met de marktvoorwaarden van de landen van waaruit de contractanten en hun onderaannemers de betrokken diensten zouden verrichten. Aangezien het prijscriterium doorslaggevend was voor de rangschikking van de offertes en het enige relatieve voordeel van de gekozen offerte was gelegen in de prijs ervan, had de Commissie immers, als passende reactie op de vraag van verzoeksters, 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, zoals zij in haar verweerschrift en ter terechtzitting heeft gedaan. Die informatie had verzoeksters in staat gesteld om het prijsverschil tussen de twee offertes beter te begrijpen. Met dergelijke informatie zouden verzoeksters 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.

61. Aangezien de Commissie in haar brief van 20 juli 2020 louter heeft verklaard dat de prijs van

de gekozen offerte niet abnormaal laag was, is zij de in deze omstandigheden op haar rustende motiveringsplicht niet nagekomen.

62. Aan deze vaststelling kan niet worden afgedaan door, ten eerste, het argument van de Commissie dat er specifieke regels bestaan betreffende de omvang van de motivering omtrent het eventuele bestaan van abnormaal lage offertes, waarbij die regels uitsluitend van toepassing zijn wanneer eraan wordt getwijfeld of de prijs van de gekozen offerte normaal is, hetgeen in casu niet het geval was.

63. Dit argument berust op een onjuiste lezing van het door de Commissie aangehaalde punt 49 van het arrest van 10 september 2019, *Trasys International en Axianseu – Digital Solutions/EASA* (T-741/17, ECLI:EU:T:2019:572), waarin is gepreciseerd dat wanneer sprake is van een aanwijzing die het vermoeden kan wekken dat offertes abnormaal laag zijn, de aanbestedende dienst verplicht is om een afgewezen inschrijver die daar uitdrukkelijk om verzoekt, in kennis te stellen van de redenen waarom de door hem gekozen offerte niet abnormaal laag lijkt te zijn.

64. Dit punt van het arrest van 10 september 2019, *Trasys International en Axianseu – Digital Solutions/EASA* (T-741/17, ECLI:EU:T:2019:572), verwijst uitdrukkelijk naar punt 93 van het arrest van 4 juli 2017, *European Dynamics Luxembourg e.a./Spoorwegbureau van de Europese Unie* (T-392/15, ECLI:EU:T:2017:462), en vormt een toepassing – in de zaak die aan eerstgenoemd arrest ten grondslag ligt – van de in dat punt 93 door het Gerecht ontwikkelde rechtspraak dat de redenen waarom de aanbestedende dienst een offerte niet als abnormaal laag heeft beschouwd, ter kennis moeten worden gebracht van een afgewezen inschrijver die daar uitdrukkelijk om verzoekt (zie in die zin ook arrest van 2 februari 2017, *European Dynamics Luxembourg en Evropaiki Dynamiki/Commissie*, T-74/15, niet gepubliceerd, ECLI:EU:T:2017:55, punt 49).

65. Anders dan de Commissie beweert, dient aldus te worden vastgesteld dat de precisering die het Gerecht zou hebben gegeven in met name punt 49 van het arrest van 10 september 2019, *Trasys International en Axianseu – Digital Solutions/EASA* (T-741/17, ECLI:EU:T:2019:572), moet worden gelezen in de specifieke context van de zaak die tot dat arrest heeft geleid, waarin was aangetoond dat er twijfel bestond over de door verschillende inschrijvers voorgestelde prijzen

(zie met name punt 47 van dat arrest). Deze precisering kan niet afdoen aan het beginsel dat de redenen waarom de aanbestedende dienst de gekozen offerte niet als abnormaal laag heeft beschouwd, die deel uitmaken van de beoordeling van de kenmerken en relatieve voordelen van die offerte, ter kennis moeten worden gebracht van een afgewezen inschrijver die daar uitdrukkelijk om verzoekt (zie punten 52 en 53 hierboven).

66. Gelet op de overwegingen in de punten 56 en 57 hierboven staat vast dat verzoeksters een dergelijk verzoek hebben ingediend.

67. Ten tweede voert de Commissie in essentie aan dat het Financieel Reglement de aanbestedende dienst niet verplicht om een afgewezen inschrijver die daarom verzoekt de redenen mee te delen waarom hij de gekozen offerte niet als abnormaal laag heeft beschouwd, temeer daar volgens punt 23.1 van bijlage I bij dat reglement een analyse ter zake slechts wordt verricht wanneer een offerte abnormaal laag lijkt.

68. Evenwel kan niet worden aanvaard dat een aanbestedende dienst zich met louter een beroep op deze bepaling onttrekt aan de in artikel 170, lid 3, van het Financieel 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, waartoe ontegenzeggelijk de redenen behoren waarom deze offerte niet abnormaal laag leek. De Commissie kon zich dus niet beperken tot de vaststelling dat de gekozen offerte haar niet abnormaal leek, zonder verzoeksters, die daar uitdrukkelijk om hadden verzocht, te preciseren op welke gronden zij tot die conclusie was gekomen, zoals blijkt uit de in punt 53 hierboven aangehaalde rechtspraak.

69. Het is juist dat de Commissie in de loop van het geding een aantal toelichtingen heeft verstrekt die er in essentie op neerkomen dat 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 offertes wordt verklaard door de salarisverschillen in de plaatsen waar de prestaties zouden worden verricht. Deze toelichtingen kunnen evenwel, los van enige overweging inzake de gegrondheid ervan, niet in aanmerking worden genomen. Uit de in punt 36 hierboven in herinnering gebrachte rechtspraak volgt immers dat enkel rekening kan worden gehouden met de informatie die verzoeksters vóór

de instelling van het onderhavige beroep hebben ontvangen, aangezien de motivering in beginsel niet voor het eerst en a posteriori voor de rechter mag worden uiteengezet.

70. Gelet op de motivering die de Commissie in haar brief van 20 juli 2020 heeft gegeven, alsmede op de informatie in haar eerdere brieven en in de bijgevoegde uittreksels uit het rapport van het evaluatiecomité, kan niet worden geoordeeld dat verzoeksters kennis hebben kunnen nemen van alle informatie over de samenstelling van de offerte van het consortium ARHS-IBM op grond waarvan de Commissie kon overwegen dat deze offerte niet abnormaal laag leek.

71. Gelet op alle voorgaande overwegingen dient het onderhavige middel, dat in essentie is ontleend aan ontoereikende motivering wat de redenen betreft die de aanbestedende dienst ertoe hebben gebracht te oordelen dat de offerte van de gekozen inschrijver niet abnormaal laag leek, te worden toegewezen, en moet het bestreden besluit bijgevolg nietig worden verklaard, zonder dat het eerste middel van het beroep, dat de interne wettigheid van het besluit betreft en waarmee in essentie wordt aangevoerd dat de aanbestedende dienst ten onrechte heeft geoordeeld dat die offerte niet abnormaal laag was, hoeft te worden onderzocht (zie in die zin en naar analogie arresten van 10 oktober 2012, *Sviluppo Globale/Commissie*, T-183/10, niet gepubliceerd, ECLI:EU:T:2012:534, punt 46, en 10 september 2019, *Trasys International en Axianseu – Digital Solutions/EASA*, T-741/17, ECLI:EU:T:2019:572, punt 88 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Evenmin hoeft uitspraak te worden gedaan over de bewijsaanbieding van verzoeksters of over de ontvankelijkheid daarvan, die door de Commissie is betwist.

#### 4. Kosten

72. Volgens artikel 134, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van verzoeksters te worden verwezen in haar eigen kosten en in die van verzoeksters.

HET GERECHT (Vijfde kamer),  
rechtdoende, verklaart:

1) Het besluit van de Europese Commissie van 2 juli 2020 tot afwijzing van de gezamenlijke

offerte van Sopra Steria Benelux en Unisys Belgium 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 aan het andere consortium dat had ingeschreven, wordt nietig verklaard voor zover het perceel A betreft.

2) De Commissie wordt verwezen in haar eigen kosten en in die van Sopra Steria Benelux en Unisys Belgium.

## NOOT

### **Motiveringsplicht voor aanbestedende diensten aanzien van het afwijzen van beroep op een abnormaal lage inschrijving door een concurrent**

Het Gerecht EU heeft op 1 december jl. een interessant arrest gewezen over de eisen ten aanzien van de motivering van een gunningsbesluit van de Europese Commissie op basis van het Financieel Reglement. Het ging om een afwijzingsbesluit van een inschrijver, die heeft gesteld dat de winnaar een abnormaal lage inschrijving heeft gedaan. Hoewel het Gerecht het arrest heeft gewezen met toepassing van een ander aanbestedingsregime dan geldt op grond van de Aw 2012, is het arrest toch van belang voor de Nederlandse aanbestedingspraktijk. Dat is niet voor het eerst: het *Succhi di Frutta* arrest<sup>1</sup> wordt vaak aangehaald om te verduidelijken dat aanbestedingsstukken duidelijk, precies en ondubbelzinnig moeten zijn geformuleerd (r.o. 111) en is eveneens gewezen onder het Financieel Reglement. Ondanks de verschillen tussen de aanbestedingsregels in het Financieel Reglement en de aanbestedingsrichtlijnen, heeft het arrest mijns inziens een impact voor het nationale aanbestedingsrecht. Het Gerecht geeft weliswaar alleen een uitleg aan de aanbestedingsregels van de EU instellingen, maar vergelijkbare regels gelden ook voor de aanbestedende diensten in de lidstaten.

Wat is het onderwerp van het arrest? Deze zaak gaat over de motiveringsplicht van een aanbestedende dienst van een gunningsbeslissing van een (opvolgend) inschrijver die de tender heeft verloren en zich op het standpunt stelt dat de winnaar abnormaal laag heeft ingeschreven. Hij stelt dat de inschrijving van de winnaar daarom had moeten worden afgewezen.

Over deze situatie wordt in Nederland betrekkelijk weinig geprocedeerd, terwijl in andere lidstaten zoals België en ook in aanbestedingen van de EU instellingen (zie bijvoorbeeld de rechtspraak aangehaald in r.o. 45) geregeld een opvolgend inschrijver aanvoert dat de winnaar abnormaal laag heeft ingeschreven en dus niet voor gunning in aanmerking komt.

Eerst een opmerking over het wettelijk kader in deze zaak. Voor aanbestedingen van de EU instellingen is op dit moment Verordening 2018/1046/EU leidend, meestal aangeduid als de 'Financiële Verordening'. Artikel 160 e.v. Financiële Verordening hebben betrekking op aanbestedingsprocedures van de EU instellingen. Artikel 170 Financiële Verordening bepaalt op welke wijze een gunningsbeslissing dient te zijn gemotiveerd. Deze bepaling dient te worden gelezen in combinatie met artikel 23.1 Bijlage 1 bij de Financiële Verordening. Bij vergelijking van artikel 2.116 Aw 2012 en de beide bepalingen van de Financiële Verordening, blijkt dat het juridisch kader voor deze casus vergelijkbaar is. Het arrest is daarom ook van belang voor de uitleg van Richtlijn 2014/24/EU artikel 69 en Richtlijn 2014/25/EU artikel 84. Richtlijn 2014/23/EU kent geen vergelijkbare bepalingen over abnormaal lage inschrijvingen. De Nederlandse wetgever heeft echter in artikel 2a.51 Aw 2012 paragraaf 2.3.8.8 over gunningsbeslissingen van overheidsopdrachten van overeenkomstige toepassing verklaard (en de artikelen 2.127 en 2.130 Aw 2012 maken daarvan deel uit).

Het arrest zal voor de Nederlandse praktijk vooral van belang zijn in de volgende situatie. Een opvolgend inschrijver heeft de gunningsbeslissing ontvangen en bericht de aanbestedende dienst dat de inschrijving van de winnaar moet worden afgewezen met het argument dat de winnende inschrijving abnormaal laag is. De aanbestedende dienst antwoordt vervolgens vaak dat:

1 HvJEU 29 april 2004, zaak C-496/99 P, ECLI:EU:C:2004:236.

(i) de verliezende inschrijver geen belang heeft, omdat de regeling voor abnormaal lage inschrijvingen niet is geschreven ter bescherming van de verliezende inschrijvers of een bevoegdheid is van de aanbestedende dienst<sup>2</sup> en  
 (ii) dat (overigens) van een abnormaal lage inschrijving geen sprake is.

Het eerste argument (hiervoor sub (i)) komt niet aan de orde. Het Gerecht neemt enerzijds een belang aan voor de opvolgend inschrijver om te klagen en in beroep te gaan over (de motivering van) het abnormaal lage karakter van de gekozen inschrijving (r.o. 31 e.v.). Het Gerecht oordeelt anderzijds dat de aanbestedende dienst een ruime discretionaire bevoegdheid heeft bij de beoordeling (r.o. 32)<sup>3</sup>.

Voor de motivering van een gunning in deze situatie ziet het Gerecht een eerste en tweede fase: in de eerste plaats moet een aanbestedende dienst steeds beoordelen of de prijs of kosten (mede in het licht van de geboden kwaliteit) abnormaal laag lijkt of lijken (r.o. 48). Dat kan de aanbestedende dienst bijvoorbeeld vaststellen op basis van gebruikelijke marktvoorwaarden of de andere inschrijvingen. In een tweede fase – als een vermoeden bestaat dat de inschrijving mogelijk abnormaal laag is – moet de aanbestedende dienst de samenstelling van de inschrijving onderzoeken (r.o. 49).

De motivering die hiermee samenhangt is volgens het Gerecht een tweetrapsraket. De *prima facie* beoordeling en de uitkomst daarvan in de eerste fase behoeft slechts beperkt te worden gemotiveerd. De aanbestedende dienst is niet verplicht om op ieder verzoek tot (nadere) motivering met redenen omkleed te antwoorden en uit te leggen waarom de inschrijving niet abnormaal laag is. Waar de grens ligt tussen laag en abnormaal laag maakt het Gerecht niet duidelijk. Aanwijzing voor het mogelijke abnormaal lage karakter

ter is de prijs in verhouding tot de andere prijzen en de verhouding tot de marktprijs (r.o. 48). Wel moet een aanbestedende dienst op verzoek de relevante redenen aan de afgewezen inschrijver kenbaar maken, omdat het een onderdeel is c.q. moet zijn van de kenmerken van de gekozen offerte (r.o. 52-53). Het Gerecht geeft daarbij aan dat als 'relevante redenen' een technische beoordeling (van de kwaliteit) niet voldoende is, omdat de inschrijver over de prijs had geklaagd. De aanbestedende dienst moet dus een toelichting geven die ingaat op de klacht. Verder verduidelijkt het Gerecht EU de motiveringsverplichting niet.

De aanbestedende dienst dient in de tweede fase na een gemotiveerd bezwaar een onderzoek in te stellen en vervolgens gemotiveerd aan de verliezende inschrijver te laten weten waarom de redenen die de verliezer aanvoert niet juist zijn c.q. waarom de winnende inschrijving niet abnormaal laag is. Interessant is de redenering van het Gerecht in r.o. 60: nu er één andere inschrijver was en prijs doorslaggevend in de ranking, moet de aanbestedende dienst informatie verschaffen over relevante details van de inschrijving. Kort gezegd: de verliezende inschrijver moet het prijsverschil met de winnaar kunnen begrijpen. Daarnaast moet de rechter in staat zijn die motivering te toetsen.

Tot slot geeft het Gerecht aan dat de aanbestedende dienst de motivering voorafgaand aan de procedure moet verstrekken. In de procedure kan de aanbestedende dienst de redenen over het abnormaal lage karakter van de winnende inschrijving niet meer aanvullen.<sup>4</sup>

Conclusie van het arrest van het Gerecht is dat een aanbestedende dienst op verzoek een motivering 'light' moet geven als een inschrijver onderbouwd stelt dat de winnaar abnormaal laag heeft ingeschreven en de inschrijving abnormaal laag lijkt. Daarna en na duidelijke aanwijzingen van de verliezende inschrijver, zal de aanbestedende dienst de relevante redenen moeten geven waarom de winnaar niet abnormaal laag heeft ingeschreven. Die motivering dient de verliezer en de rechter in staat te stellen te begrijpen

2 Bijv. Rb. Rotterdam (vzr.) 12 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10240 (BoitenLuhns/LBIO en Flanderijn) en Rb. Amsterdam.

3 In lijn met de Nederlandse rechtspraak; zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 4 juni 2019, Zoekresultaat - inzien document  
 ECLI:NL:RBDHA:2019:5826 (Topgeschenken/Politie), r.o. 5.5.

4 Anders bijv. de Amsterdamse rechter: Rb. Amsterdam (vzr.) 21 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6209.

waarom de winnende inschrijving niet abnormaal laag is. De verliezende inschrijver moet de gegrondheid van de beoordeling van de aanbestedende dienst inhoudelijk kunnen betwisten.

Voor de praktijk lijkt eveneens een impact te bestaan. Een aanbestedende dienst is niet verplicht in de motivering van de gunningsbeslissing van de afgewezen inschrijvingen een opmerking te maken over het (mogelijk) abnormaal lage karakter van de winnende inschrijving. Dat blijkt impliciet – zoals het Gerecht opmerkt – uit de gunningsbeslissing en zal de aanbestedende dienst uit zichzelf onderzocht hebben. Dat verandert echter bij een fase 1 verzoek tot (nadere) motivering. De aanbestedende dienst zal dan in beginsel een inhoudelijk antwoord moeten geven met een motivering ‘light’ ontleend aan een prima facie beoordeling. ‘Light’ betekent dat bijv. kan worden volstaan met een verwijzing naar de marktvoorwaarden en de prijzen van de andere inschrijvers. Bij een concrete uiteenzetting van de verliezende inschrijver zal de aanbestedende dienst in een tweede fase onderzoek moeten doen en met een ondubbelzinnige motivering uitspraken moeten doen over de samenstelling van de inschrijving van de winnende inschrijver. Opvallende daarbij is dat het Gerecht geen beperking vermeldt over bedrijfsvertrouwelijke gegevens van de winnende inschrijver. Niettemin lijkt daar wel een grens te zijn gelegen: vertrouwelijke gegevens over de inschrijving van de winnaar mogen niet met de verliezende inschrijver worden gedeeld, behoudens voorzover het een verplicht onderdeel is van de motiveringsplicht<sup>5</sup>.

Al met al is de afdrank van het arrest dat een aanbestedende dienst steeds een winnende inschrijving onderzoekt, indien deze abnormaal laag lijkt. De aanbestedende dienst behoeft dat niet expliciet in de gunningsbeslissing te motiveren. Van de ondernemer mag worden verwacht dat hij onderbouwt waarom de winnaar abnormaal laag heeft ingeschreven en klaagt over het abnormaal lage karakter. Volgt een verzoek van een verliezend inschrijver dan zal de aanbestedende dienst in eerste instantie kunnen volstaan met een globale toelichting, als de winnende in-

schrijving abnormaal laag lijkt. In tweede instantie ligt de lat hoger: de aanbestedende dienst moet duidelijk en ondubbelzinnig motiveren. Daar staat tegenover dat aanbestedende diensten een ruime beoordelingsmarge behouden bij het vaststellen van het mogelijk abnormaal lage karakter van een inschrijving.

prof. mr. P.H.L.M. Kuypers  
advocaat, partner bij AKD, hoogleraar Europees en nationaal aanbestedingsrecht Radboud Universiteit Nijmegen

## 22

### Terugkijktermijn, ernstige beroepsfout en vervalsing mededinging

Gerechtshof Den Haag  
21 december 2021, 200.283.096/01,  
ECLI:NL:GHDHA:2021:2487  
(mr. P. Glazener, mr. J.J. van der Helm,  
mr. H.M.H. Speyart van Woerden)  
Noot mr. A.C.M. Kusters, mr. J.S.C. Krijbolder

### Aantasting mededinging. Ernstige beroepsfout. Gunningbeslissing. Ingrijpen in gesloten overeenkomst. Mededingingsrecht. Opschortende termijn. Totstandkoming overeenkomst. Uitsluiting. Uitleg.

[Aw 2012 art. 2.87 lid 2, art. 2.12, art. 4.157]

*Deze zaak gaat over een aanbesteding van de gemeente voor een documentcreatiesysteem. Op de aanbesteding hebben onder meer SmartDocuments en Interaction ingeschreven. In eerste instantie heeft de gemeente aan de inschrijvers medegedeeld dat zij voornemens was de opdracht aan Interaction te gunnen. Naar aanleiding van een bezwaar van SmartDocuments heeft de gemeente aan Interaction medegedeeld dat het voornemen om te gunnen aan Interaction werd ingetrokken, en dat de gemeente nu voornemens was de opdracht te gunnen aan SmartDocuments. De reden daarvoor was dat Interaction had nagelaten de gemeente te informeren over een vonnis van de rechtbank Overijssel, waarin de rechtbank had geoordeeld dat Interaction zich schuldig had gemaakt aan een aantal feiten die volgens de ge-*

5 Vgl. artikel 2.57 lid 1 Aw 2012.