WYROK SĄDU (czwarta izba)

z dnia 20 września 2011 r. *

W sprawie T-461/08

Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, z siedzibą w Atenach (Grecja), reprezentowana przez adwokatów N. Korogiannakisa oraz P. Katsimaniego,

strona skarżąca,

przeciwko

Europejskiemu Bankowi Inwestycyjnemu (EBI), reprezentowanemu przez C. Gómeza de la Cruza oraz T. Pietilä, działających w charakterze pełnomocników, wspieranych przez adwokata J. Stuycka,

strona pozwana,

mającej za przedmiot, po pierwsze, żądanie stwierdzenia nieważności decyzji EBI z dnia 31 stycznia 2008 r. o nieprzyjęciu oferty złożonej przez skarżącą w ramach procedury przetargowej dotyczącej świadczenia usług w celu zapewnienia pomocy

* Język postępowania: angielski.

w konserwacji, utrzymaniu i rozbudowie systemu informatycznego oraz o udzieleniu zamówienia innemu oferentowi na podstawie art. 225 WE i 230 WE, a po drugie, żądanie zasądzenia odszkodowania na podstawie art. 225 WE, 235 WE i 288 WE,

SĄD (czwarta izba),

w składzie: I. Pelikánová (sprawozdawca), prezes, K. Jürimäe i M. van der Woude, sędziowie,

sekretarz: N. Rosner, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 17 listopada 2010 r.,

wydaje następujący

Wyrok

Okoliczności powstania sporu

1 Skarżąca, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, jest spółką prawa greckiego działającą w sektorze technologii informacyjnych i komunikacji.

2 W ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 13 września 2007 r., opublikowanym w suplemencie do *Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej* (Dz.U. S 176) pod numerem 2007/S 176-215155, Europejski Bank Inwestycyjny (EBI) ogłosił przetarg na świadczenie usług w celu zapewnienia „pomocy w konserwacji, utrzymaniu i rozbudowie systemu »Loans Front Office« (Serapis)". Według opisu zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji warunków zamówienia dotyczącej rzeczonego przetargu „Serapis (Système Efficace et Rapide d'Accès aux Prêts et aux Informations de Support)" jest sieciowym narzędziem (Front Office) stosowanym przez EBI dla operacji kredytowych. Został opracowany jako wielofunkcyjny portal do zarządzania informacją w zakresie operacji kredytowych dla potrzeb personelu właściwych jednostek organizacyjnych EBI, tj. Dyrekcji Finansowania w Europie, Dyrekcji Finansowania poza Europą, Dyrekcji Zarządzania Ryzykiem, Dyrekcji Projektów oraz służby prawnej. Aplikacja ta wspiera realizację procesu kredytowego od stworzenia operacji, poprzez jej ocenę (zatwierdzenie), kończąc na złożeniu „Note Conjointe" (podpisu), po którym następuje uruchomienie procesu przewidzianego w ramach części aplikacji informatycznej EBI zwanej „Force Prêts", która umożliwia osobom odpowiedzialnym za ww. system administrowanie nim i zarządzanie (Back Office).

3 Ogłoszenie o zamówieniu przewidywało zawarcie umowy ramowej na okres 4 lat z wybranym oferentem oraz udzielenie mu zamówień na podstawie umowy ramowej obejmujących odrębne zamówienia na określone projekty. Ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikacja warunków zamówienia stanowiły, że zamówienie zostanie udzielone oferentowi, który przedstawi ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie, ocenioną według kryteriów udzielenia zamówienia wymienionych w tej specyfikacji. W specyfikacji warunków zamówienia z kolei podano względną wagę poszczególnych kryteriów udzielenia zamówienia, a mianowicie 75% punktów za kryteria techniczne, a w tym 15% punktów za kryterium nazwane „Proces zarządzania jakością", 45% punktów za kryterium pod nazwą „Poziom adekwatności umiejętności i kwalifikacji pracowników proponowanych do realizacji zamówienia", 15% punktów za kryterium „Zdolność zapewnienia zespołu pracowników z własnych zasobów kadrowych", oraz 25% punktów za kryterium finansowe.

4 Pismem z dnia 31 października 2007 r. EBI przekazał wszystkim osobom, które złożyły wnioski o udzielenie wyjaśnień na temat przetargu, listę „Pytań i odpowiedzi" dotyczących tego przetargu.

5 W dniu 9 listopada 2007 r., tj. w dniu upływu terminu ustalonego do składania ofert (pkt IV.3.4 ogłoszenia o zamówieniu), skarżąca złożyła ofertę.

6 W sumie EBI otrzymał 7 ofert, które zostały zbadane przez komisję przetargową. W trakcie dwóch pierwszych etapów postępowania, a mianowicie w fazie wykluczenia (pkt 6.1 specyfikacji warunków zamówienia) oraz fazie selekcji (pkt 6.2 specyfikacji warunków zamówienia) wszyscy oferenci zostali zakwalifikowani. W trakcie ostatniego etapu, a mianowicie w fazie porównawczej oceny ofert i udzielenia zamówienia (pkt 7 specyfikacji warunków zamówienia) – w której przewidziane było w pierwszej kolejności badanie ofert zakwalifikowanych oferentów wyłącznie pod kątem kryteriów technicznych oraz odrzucenie ofert, które nie osiągają progów minimalnych określonych w specyfikacji warunków zamówienia, w drugiej zaś kolejności badanie ofert nieodrzuconych podczas oceny technicznej pod kątem kryterium finansowego – tylko pięć ofert, w tym ofertę skarżącej, zbadano pod kątem tego ostatniego kryterium, ponieważ podczas oceny technicznej dwie pozostałe oferty nie osiągnęły progów minimalnych określonych w specyfikacji warunków zamówienia. W wyniku oceny porównawczej ofert przez komisję przetargową najlepszą ocenę łączną przyznał ofercie Sybase BVBA (zwanej dalej „wybranym oferentem"), natomiast oferta skarżącej została sklasyfikowana na drugim miejscu. Na podstawie oceny dokonanej przez komisję przetargową EBI w dniu 31 stycznia 2008 r. podjął decyzję, że nie przyjmie oferty przedstawionej przez skarżącą i udzieli zamówienia wybranemu oferentowi (zwaną dalej „zaskarżoną decyzją"), po omówieniu z nim pewnych elementów jego oferty na spotkaniu, które odbyło się w dniu 29 stycznia 2008 r.

7 W dniu 18 lutego 2008 r. EBI wysłał pisma do wszystkich oferentów z wyjątkiem skarżącej w celu poinformowania ich, że zamówienie zostało udzielone wybranemu oferentowi.

8 W dniach 12 i 17 czerwca 2008 r. umowa ramowa została podpisana odpowiednio przez EBI oraz wybranego oferenta i zaczęła obowiązywać w dniu 16 czerwca 2008 r.

9 Pismem z dnia 31 lipca 2008 r., po zapoznaniu się z ogłoszeniem o udzieleniu zamówienia opublikowanym w suplemencie do Dziennika Urzędowego (Dz.U. S 144) pod numerem 2008/S 144-192307, skarżąca wniosła protest do EBI w związku z nieprzestrzeganiem specyfikacji warunków zamówienia i naruszeniem przepisów prawnych właściwych w zakresie procedur przetargowych przez niepoinformowanie jej w odpowiednim czasie o zaskarżonej decyzji. Skarżąca wystąpiła do EBI o zawieszenie postępowania obejmującego udzielanie zamówienia i podpisanie umowy ramowej lub stosownie do okoliczności o stwierdzenie jej nieważności. Ponadto zażądała informacji dotyczących postępowania przetargowego, a w szczególności nazw wybranego oferenta, członków grupy wykonawców, którą utworzył w celu uczestniczenia przetargu, oraz jego podwykonawców, ocen przyznanych za poszczególne kryteria udzielenia zamówienia dla oferty skarżącej oraz oferty wybranego oferenta, elementów porównania oferty skarżącej oraz oferty wybranego oferenta, zwłaszcza pod względem finansowym, a także dokładnej kopii sprawozdań komisji przetargowej dotyczących oferty skarżącej oraz oferty wybranego oferenta.

10 W piśmie z dnia 1 sierpnia 2008 r. EBI przekazał skarżącej informacje dotyczące względnej wagi kryteriów udzielenia zamówienia. Wskazał również, że zamówienie zostało udzielone wybranemu oferentowi, a dla każdego z kryteriów udzielenia zamówienia podał zestawienie punktów przyznanych ofercie skarżącej oraz punktów przyznanych ofercie wybranego oferenta. Dodał także, iż oferta skarżącej otrzymała 22,03 punktu (na 35 punktów możliwych do uzyskania), natomiast oferta wybranego oferenta otrzymała 29,36 punktu (na 35 punktów możliwych do uzyskania).

11 Tego samego dnia skarżąca, uznawszy, iż otrzymała zaledwie niewielką część żądanych informacji, skierowała do EBI kolejne pismo z żądaniem udzielenia odpowiedzi we wszystkich kwestiach podniesionych w jej piśmie z dnia 31 lipca, przedstawienia jej uzasadnienia zaskarżonej decyzji oraz informacji, czy umowa ramowa z wybranym oferentem została już podpisana. Gdyby to się jeszcze nie stało, skarżąca żądała od EBI zawieszenia zawarcia rzeczonej umowy do czasu dokładnego zbadania jej odwołania.

12 W dniu 6 sierpnia 2008 r. EBI potwierdził odbiór pisma skarżącej. W piśmie z dnia 14 sierpnia 2008 r. przyznał, iż popełnił „błąd administracyjny", nie informując skarżącej oficjalnym pismem o wynikach oceny porównawczej ofert, za co przeprasza. Dodał, iż postępowanie przetargowe jest w całości ważne, a błąd administracyjny, jaki popełnił, nie stanowi istotnej nieprawidłowości uzasadniającej zawieszenie lub unieważnienie umowy ramowej zawartej z wybranym oferentem.

13 W dniu 1 września 2008 r. skarżąca skierowała do EBI kolejne pismo, w którym przedstawiła niektóre z nieprawidłowości, jakimi jej zdaniem dotknięte było postępowanie przetargowe. Według niej EBI pomylił kryteria wyboru oferentów z kryteriami udzielenia zamówienia. Ponadto Bank użył dyskryminujących lub niejasnych kryteriów udzielenia zamówienia, uchybił obowiązkom poinformowania oferentów w odpowiednim czasie o decyzji udzielenia zamówienia oraz zapewnienia im okresu status quo w celu zagwarantowania im prawa do wniesienia odwołania, nie zastosował procedury wystarczająco przejrzystej, naruszył zasadę równego traktowania, nie uzasadnił zaskarżonej decyzji, a do porównania ofert zastosował formułę, która w efekcie doprowadziła do zneutralizowania zasady „oferty najkorzystniejszej ekonomicznie", przyznając preferencje ofertom proponującym najwyższą cenę.

14 W dniu 10 września 2008 r. EBI potwierdził odbiór pisma skarżącej z dnia 1 września 2008 r. i powiadomił ją, że pismo zostało przekazane w celu zbadania do wydziału skarg Banku i odpowiedź zostanie udzielona w terminie do dnia 27 października 2008 r.

15 W dniu 27 października 2008 r. EBI wysłał do skarżącej pismo informujące ją, że Bank nie może już rozpatrzyć jej protestu, ponieważ skarżąca w dniu 6 października 2008 r. wszczęła postępowanie przed Sądem.

Przebieg postępowania i żądania stron

16 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 6 października 2008 r. skarżąca wniosła niniejszą skargę.

17 W dniu 30 stycznia 2009 r. EBI złożył odpowiedź na skargę.

18 Replika i duplika zostały złożone odpowiednio w dniu 15 kwietnia oraz w dniu 15 czerwca 2009 r.

19 Na wniosek sędziego sprawozdawcy Sąd (druga izba) w ramach środków organizacji postępowania określonych w art. 64 regulaminu postępowania przed Sądem zwrócił się do EBI o udzielenie odpowiedzi na pytanie, jaki organ Banku wydał zaskarżoną decyzję, oraz o przekazanie Sądowi zaskarżonej decyzji lub innego odpowiedniego dokumentu.

20 EBI spełnił to żądanie w wyznaczonym terminie. Pismem złożonym w dniu 15 grudnia 2009 r. poinformował, iż zgodnie z jego wewnętrznymi zasadami i praktykami obowiązującymi w tamtym czasie zaskarżona decyzja została sporządzona przez dyrektora Departamentu Technologii Informacji, wcielonego później do Dyrekcji Generalnej do spraw Strategii, a następnie zatwierdzona przez prezesa EBI przed podpisaniem umowy ramowej z wybranym oferentem. Ponadto Bank przedstawił „notatkę służbową" z dnia 31 stycznia 2008 r., opatrzoną sygnaturą SCC/IT/FLA/2008-015/kr (zwaną dalej „notatką z dnia 31 stycznia 2008 r."), zawierającą decyzję ww. dyrektora o udzieleniu zamówienia wybranemu oferentowi, a także zbiorczą kartę ocen komisji przetargowej zamieszczoną w załączniku do tej notatki.

21 W piśmie złożonym w dniu 8 stycznia 2010 r. skarżąca przedstawiła swoje uwagi na temat notatki z dnia 31 stycznia 2008 r. Na podstawie informacji zawartych w przedmiotowej notatce skarżąca podniosła kolejny zarzut.

22 W piśmie złożonym w dniu 26 stycznia 2010 r. EBI przedstawił swoje uwagi na temat nowego zarzutu podniesionego przez skarżącą w piśmie złożonym przez nią w dniu 8 stycznia 2010 r.

23 Ze względu na zmianę składu izb Sądu sędzia sprawozdawca został przydzielony do czwartej izby, której w związku z tym przydzielono niniejszą sprawę.

24 Na podstawie sprawozdania sędziego sprawozdawcy Sąd (czwarta izba) postanowił otworzyć procedurę ustną.

25 Na rozprawie w dniu 17 listopada 2010 r. wysłuchano wystąpień stron i ich odpowiedzi na pytania Sądu.

26 Skarżąca wnosi do Sądu o:

— stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji;

— zasądzenie od EBI odszkodowania za szkodę poniesioną przez nią w związku z postępowaniem przetargowym z powodu bezprawności zaskarżonej decyzji, którą to szkodę wycenia na kwotę 1 940 000 EUR;

— obciążenie EBI wszystkimi kosztami postępowania, nawet w wypadku oddalenia skargi.

27 EBI wnosi do Sądu o:

— uznanie skargi o stwierdzenie nieważności za bezzasadną;

— uznanie żądania odszkodowania za niedopuszczalne lub ewentualnie za bezzasadne;

— obciążenie skarżącej kosztami postępowania.

Co do prawa

1. *W przedmiocie dopuszczalności skargi*

28 Tytułem wstępu należy podkreślić, iż jeśli chodzi konkretnie o kwestię obowiązywania w czasie przepisów, które ustalają warunki dopuszczalności skargi, z utrwalonego orzecznictwa wynika, że po pierwsze, zgodnie z paremią tempus regit actum kwestię dopuszczalności skargi należy rozstrzygać na podstawie przepisów obowiązujących w dniu, w którym została wniesiona (wyrok Trybunału z dnia 8 maja 1973 r. w sprawie 60/72 Campogrande przeciwko Komisji, Rec. s. 489, pkt 4; zob. także podobnie i analogicznie postanowienie Prezesa Trybunału z dnia 22 lutego 2008 r. w sprawie C-66/08 Kozłowski, niepublikowane w Zbiorze, pkt 7), a po drugie, że przesłanki

dopuszczalności skargi należy oceniać w momencie wniesienia skargi, tj. złożenia pisma procesowego (wyrok Trybunału z dnia 18 kwietnia 2002 r. w sprawach połączonych C-61/96, C-132/97, C-45/98, C-27/99, C-81/00 i C-22/01 Hiszpania przeciwko Radzie, Rec. s. I-3439, pkt 23; wyroki Sądu: z dnia 21 marca 2002 r. w sprawie T-131/99 Shaw i Falla przeciwko Komisji, Rec. s. II-2023, pkt 29; z dnia 9 lipca 2008 r. w sprawie T-301/01 Alitalia przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-1753, pkt 37).

29 Ponieważ niniejsza skarga została wniesiona w dniu 6 października 2008 r., kwestie związane z jej dopuszczalnością powinny być oceniane w świetle przepisów obowiązujących w tym dniu, a mianowicie w świetle postanowień traktatu WE, a nie nowych przepisów, tj. odpowiednich postanowień traktatu FUE, które weszły w życie w dniu 1 grudnia 2009 r.

W przedmiocie właściwości Sądu

Argumenty stron

30 Skarżąca twierdzi, iż żądanie stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji wniesione na podstawie art. 230 WE jest dopuszczalne. Protokół ustanawiający statut EBI załączony do traktatu WE (zwany dalej „statutem") nie przewiduje mechanizmu pełnej kontroli legalności aktów EBI. Nie oznacza to jednak, iż taka kontrola jest niemożliwa. W wyroku z dnia 23 kwietnia 1986 r. w sprawie 294/83 Les Verts przeciwko Parlamentowi Europejskiemu, Rec. s. 1339, pkt 23–25, Trybunał uznał, że ponieważ Wspólnota Europejska jest wspólnotą prawa, akty wszystkich jej organów powinny podlegać kontroli sądowej, jeżeli wywołują skutki prawne w stosunku do podmiotów trzecich. W świetle traktatu WE oraz statutu EBI jest organem, a nawet instytucją

Wspólnoty, i jego akty, które wywołują skutki prawne wobec podmiotów trzecich, powinny podlegać kontroli w zakresie legalności sprawowanej przez Trybunał. Okoliczność, iż akty EBI nie są wymienione wprost w art. 230 WE, nie stanowi w tym zakresie przeszkody. Trybunał sformułował podwójne kryterium potrzebne do uznania, że art. 230 WE stosuje się do aktów organów i agencji wspólnotowych, opierające się na ustaleniu, czy dany organ jest wymieniony w art. 230 WE i czy jego akty podlegają odpowiedniej kontroli sądowej.

31 EBI również uważa, iż żądanie skarżącej dotyczące stwierdzenia nieważności jest dopuszczalne. Wzywa on Sąd, żeby jasno ustalił, iż jest właściwy do rozpoznania żądania stwierdzenia nieważności jednej z jego decyzji o odrzuceniu oferty złożonej przez jeden podmiot i udzieleniu spornego zamówienia publicznego innemu podmiotowi, a także do rozpoznania roszczenia odszkodowawczego z tytułu szkody rzekomo poniesionej z powodu tej decyzji, ponieważ Tribunal administratif w Luksemburgu błędnie uznał swoją właściwość w tym zakresie wyrokiem z dnia 26 września 2007 r. (sygnatura akt 22447), utrzymanym w mocy w postępowaniu odwoławczym wyrokiem Cour administrative z dnia 21 lutego 2008 r. (sygnatura akt 23620C). W wyroku z dnia 2 grudnia 1992 r. w sprawie C-370/89 SGEEM i Etroy przeciwko EBI, Rec. s. I-6211, Trybunał uznał bowiem swoją właściwość do rozpoznania skargi o odszkodowanie wniesionej przez pewną spółkę na podstawie zarzucanej EBI nielegalności decyzji o nieudzieleniu jej zamówienia publicznego na roboty budowlane. Ponadto w wyroku z dnia 8 października 2008 r. w sprawie T-411/06 Sogelma przeciwko EAR, Zb.Orz. s. II-2771, pkt 42, 43, Sąd orzekł na podstawie orzecznictwa wywodzącego się ze sprawy Les Verts przeciwko Parlamentowi Europejskiemu (zob. pkt 30 powyżej), iż decyzje podjęte przez organ wspólnotowy, w tamtej sprawie przez Europejską Agencję Odbudowy (EAR), w ramach postępowania przetargowego, jeżeli wywołują skutki prawne w stosunku do podmiotów trzecich, stanowią akty podlegające zaskarżeniu przed Sądem. Według EBI Bank – jako wspólnotowy organ administracyjny – powinien zatem być traktowany w podobny sposób, kiedy wydaje decyzje wywołujące skutki prawne wobec podmiotów trzecich w ramach przeprowadzanych przez siebie postępowań przetargowych lub rozpatrywania wniosków o dostęp do swoich dokumentów. Równocześnie EBI utrzymuje, iż nie podlega właściwości Sądu w zakresie wykonywania działalności kredytowej, a mianowicie kiedy działa na rynkach

finansowych, podobnie jak każda inna instytucja bankowa (postanowienie Sądu z dnia 26 listopada 1993 r. w sprawie T-460/93 Tête i in. przeciwko EBI, Rec. s. II-1257, pkt 20).

Ocena Sądu

32 Strony niniejszego sporu są zgodne w tym przypadku, by uznać, iż Sąd jest właściwy do rozpoznania niniejszego żądania stwierdzenia nieważności. Jednakże ponieważ właściwość Sądu zalicza się do bezwzględnych przesłanek procesowych, Sąd może badać ją z urzędu (zob. wyrok Sądu z dnia 15 marca 2005 r. w sprawie T-29/02 GEF przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-835, pkt 72–74 i przytoczone tam orzecznictwo; zob. także podobnie wyrok Trybunału z dnia 6 marca 1979 r. w sprawie 92/78 Simmenthal przeciwko Komisji, Rec. s. 777, pkt 21, 22). Sąd nie jest więc związany stanowiskiem stron w kwestii swojej właściwości do rozpoznania niniejszej skargi i do niego należy zbadanie, czy po wysłuchaniu stron nie powinien z urzędu stwierdzić niedopuszczalność skargi w związku z brakiem właściwości do rozpoznania, w części lub w całości, rzeczonej skargi. Jest to uzasadnione tym bardziej, że sąd krajowy uznał się za właściwy do rozpoznania legalności decyzji EBI o odrzuceniu oferty złożonej przez jeden podmiot i udzieleniu innemu podmiotowi spornego zamówienia publicznego udzielonego przez EBI na swoją rzecz.

33 Zgodnie z art. 5 WE, 10 WE, 297 WE oraz art. 307 akapit pierwszy WE, a także z traktatem UE, w szczególności art. 5 UE, Trybunał Sprawiedliwości wykonuje swoje kompetencje na zasadach oraz w celach określonych postanowieniami traktatów WE i UE. Kompetencje Sądu zostały wymienione w art. 225 WE i art. 140A EWEA oraz określone w art. 51 statutu Trybunału Sprawiedliwości.

34 Kwestia właściwości Sądu do rozpoznania skargi, która obejmuje równocześnie żądanie stwierdzenia nieważności aktu EBI niekorzystnego dla osoby trzeciej oraz żądanie odszkodowania z tytułu szkody wynikającej dla tejże osoby trzeciej z bezprawnego działania EBI, powinna być rozstrzygnięta w świetle statutu w brzmieniu obowiązującym w okresie wystąpienia okoliczności faktycznych sprawy, w szczególności zaś na podstawie art. 29 akapit pierwszy, a także art. 225 ust. 1 WE, art. 235 WE, 237 WE oraz art. 288 akapit drugi WE i, stosownie do okoliczności, art. 230 WE.

35 Artykuł 29 akapit pierwszy statutu stanowi, że „[s]pory pomiędzy [EBI], z jednej strony, a jego wierzycielami, pożyczkobiorcami lub osobami trzecimi, z drugiej strony, rozstrzygają właściwe sądy krajowe, chyba że właściwość ta została przyznana Trybunałowi Sprawiedliwości". Ponadto Trybunał uznał, iż ani traktat WE, ani ten artykuł nie wyłączają właściwości Trybunału w zakresie rozpoznawania sporów dotyczących EBI i dodał jeszcze, iż ten ostatni przepis wyraźnie zastrzega właściwość Trybunału w zakresie ustalonym przez traktat WE (zob. podobnie ww. w pkt 31 wyrok w sprawie SGEEM i Etroy przeciwko EBI, pkt 17, 18).

36 Niniejszy spór toczy się między EBI a spółką prawa greckiego, która nie podlega Bankowi, i w związku z tym powinna być uważana za osobę trzecią w rozumieniu art. 29 akapit pierwszy statutu. Zgodnie z brzmieniem tego ostatniego przepisu ustalenie, czy określony spór – jak na przykład w rozpoznawanej sprawie – należy do właściwości Trybunału Sprawiedliwości, czy sądów krajowych, i ewentualnie czy wchodzi w zakres właściwości Trybunału, czy Sądu, wymaga sięgnięcia do postanowień traktatu WE.

37 Jeśli chodzi z jednej strony o żądanie stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji, to ustalenie, czy Sąd jest właściwy do jego rozpoznania, w pierwszej kolejności zależy od wykładni art. 237 WE w związku z art. 225 ust. 1 WE, ponieważ mamy tu do czynienia z przepisem szczególnym.

38 Artykuł 237 WE stanowi, co następuje:

„Trybunał Sprawiedliwości jest właściwy do orzekania, w poniższych granicach, w sporach dotyczących:

a) wykonywania zobowiązań państw członkowskich, wynikających ze [statutu]. W tym zakresie rada dyrektorów [EBI] ma uprawnienia przyznane Komisji przez artykuł 226 [WE, dotyczący uchybienia przez państwo członkowskie zobowiązaniom, które na nim ciążą na mocy traktatu WE];

b) środków przyjętych przez Radę Gubernatorów [EBI]. W tym zakresie każde państwo członkowskie, Komisja i Rada Dyrektorów [EBI] mogą wnieść skargę na warunkach przewidzianych w artykule 230 [WE];

c) środków przyjętych przez Radę Dyrektorów [EBI]. Skargi na te środki mogą być wniesione, na warunkach określonych w artykule 230 [WE], tylko przez państwa członkowskie lub Komisję i jedynie w związku z naruszeniem procedur przewidzianych w artykule 21 ustępy 2 i 5–7 [statutu];

[…]”.

39 Ponadto z art. 225 ust. 1 WE wynika, iż Trybunał jest wyłącznie właściwy do rozpoznawania skarg, o których mowa w art. 237 WE.

40 W celu ustalenia, czy zaskarżona decyzja wchodzi w zakres stosowania art. 237 WE, należy przypomnieć zakres kompetencji poszczególnych organów EBI.

41 Zgodnie z brzmieniem art. 8 statutu Bankiem kierują i zarządzają Rada Gubernatorów, Rada Dyrektorów i Komitet Zarządzający.

42 Zgodnie z art. 9 statutu Rada Gubernatorów ustala ogólne wytyczne polityki kredytowej EBI, a w szczególności podejmuje decyzje o podwyższeniu subskrybowanego kapitału, zatwierdza roczne sprawozdanie finansowe sporządzone przez Radę Dyrektorów, a także roczny bilans oraz rachunek zysków i strat, zatwierdza regulamin wewnętrzny EBI, w związku z czym jako jedyna ma kompetencję do organizowania wewnętrznego działania służb w interesie dobrej administracji (wyrok Trybunału z dnia 10 lipca 2003 r. w sprawie C-15/00 Komisja przeciwko EBI, Rec. s. I-7281, pkt 67 i nast.). Na mocy art. 11 statutu Rada Dyrektorów ma prawo podejmowania decyzji dotyczących udzielania pożyczek i związanych z nim gwarancji; ustala oprocentowanie udzielanych pożyczek i marże z tytułu gwarancji, nadzoruje właściwe zarządzanie EBI i zapewnia kierowanie bankiem zgodnie z traktatem WE, statutem oraz ogólnymi wytycznymi Rady Gubernatorów. Według art. 11 ust. 2 akapit siódmy statutu prezes EBI lub, w przypadku jego nieobecności, jeden z wiceprzewodniczących Komitetu Zarządzającego kieruje posiedzeniami Rady Dyrektorów, bez prawa głosu. Zgodnie z brzmieniem art. 13 statutu Komitet Zarządzający jest stałym, kolegialnym organem wykonawczym EBI. Działając pod kierownictwem przewodniczącego i nadzorem Rady Dyrektorów, jest odpowiedzialny za bieżące działanie EBI, opracowuje decyzje Rady Dyrektorów, a następnie nadzoruje ich wykonanie. Prezes EBI przewodniczy posiedzeniom Komitetu Zarządzającego. Członkowie Komitetu Zarządzającego odpowiadają wyłącznie przed EBI. Są mianowani na sześć lat przez Radę Gubernatorów, na wniosek Rady Dyrektorów. Ich mandat jest odnawialny.

43 Z odpowiedzi udzielonej przez EBI na pytanie Sądu, a także z notatki z dnia 31 stycznia 2008 r. wynika, iż zaskarżona decyzja została podjęta przez dyrektora Departamentu Technologii Informacji, wcielonego później do Dyrekcji Generalnej do spraw Strategii EBI. Według banku, decyzję tę następnie zatwierdził prezes EBI przed podpisaniem umowy ramowej z wybranym oferentem w dniach 12 i 17 czerwca 2008 r. (zob. pkt 20 powyżej). Chociaż w aktach sprawy nie ma żadnego dowodu na zatwierdzenie zaskarżonej decyzji przez prezesa EBI, jednak do celów niniejszego postępowania należy przyjąć, iż jest to okoliczność ustalona, ponieważ nie była podważana przez stronę skarżącą. Skoro w ten sposób zaskarżona decyzja została wydana „pod kierownictwem" prezesa EBI, można na tej podstawie wnosić, iż wchodzi ona w zakres „bieżących działań" EBI w rozumieniu art. 13 ust. 3 statutu, a w związku z tym w zakres kompetencji Komitetu Zarządzającego (zob. podobnie ww. w pkt 42 wyrok w sprawie Komisja przeciwko EBI, pkt 66), którego zadaniem jest właśnie prowadzenie bieżących działań EBI pod kierownictwem prezesa. W istocie w niniejszej sprawie nie ma żadnych powodów, by wątpić, że udzielenie zamówienia publicznego na swoją rzecz wchodzi w zakres „bieżących działań" EBI.

44 Należy zatem uznać, iż zaskarżona decyzja nie należała do zakresu kompetencji Rady Gubernatorów ani Rady Dyrektorów, wobec czego nie można jej przypisać ani pierwszemu, ani drugiemu z tych organów EBI, a w związku z tym nie obejmuje jej szczególny przepis art. 237 WE.

45 Pozostaje zatem zbadać, czy Sąd może rozpoznać skargę o stwierdzenie nieważności skierowaną przeciwko ostatecznemu aktowi EBI, który wywołuje skutki prawne wobec osoby trzeciej, na podstawie art. 225 WE i 230 WE.

46 W pierwszej kolejności należy przypomnieć, iż Wspólnota jest wspólnotą prawa, w tym znaczeniu, że akty wydawane przez państwa członkowskie i instytucje podlegają kontroli zgodności z aktem zasadniczym, jakim jest traktat WE, oraz że

traktat wprowadził całościowy system środków prawnych i procedur w celu powierzenia Trybunałowi Sprawiedliwości kontroli zgodności z prawem aktów wydawanych przez instytucje (zob. ww. w pkt 42 wyrok w sprawie Komisja przeciwko EBI, pkt 75 i przytoczone tam orzecznictwo). Jest to również zgodne z celem art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, ogłoszonej w dniu 7 grudnia 2000 r. w Nicei (Dz.U. C 364, s. 1, zwanej dalej „kartą"), która – chociaż do czasu wejścia w życie traktatu z Lizbony, tj. do dnia 1 grudnia 2009 r., nie miała wiążącej mocy prawnej – świadczy o znaczeniu praw, które ustanawia, we wspólnotowym porządku prawnym (wyrok Sądu z dnia 15 stycznia 2003 r. w sprawach połączonych T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 i T-272/01 Philip Morris International i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-1, pkt 122). Na mocy tego ostatniego artykułu każdy, czyje prawa i wolności zagwarantowane przez prawo wspólnotowe zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka prawnego i prawo dostępu do bezstronnego sądu. Mimo iż EBI nie jest instytucją Wspólnoty, stanowi jednak podmiot wspólnotowy powołany do życia i wyposażony w osobowość prawną przez traktat WE i właśnie z tego tytułu podlega kontroli ze strony Trybunału Sprawiedliwości, w szczególności w zakresie określonym w art. 237 lit. b) WE (zob. ww. w pkt 42 wyrok w sprawie Komisja przeciwko EBI, pkt 75 i przytoczone tam orzecznictwo).

47 W drugiej kolejności należy wziąć pod uwagę, iż art. 237 WE zawiera przepis szczególny, który dotyczy tylko niektórych sporów EBI, a w związku z tym ma jedynie ograniczony zakres, komplementarny w stosunku do innych artykułów traktatu WE, takich jak art. 236 WE (wyrok Trybunału z dnia 15 czerwca 1976 r. w sprawie 110/75 Mills przeciwko EBI, Rec. s. 955, pkt 16, 17; ww. w pkt 31 wyrok w sprawie SGE-EM i Etroy przeciwko EBI, pkt 17). Ponadto należy zaznaczyć, iż art. 237 WE oraz art. 29 akapit pierwszy statutu powinny być interpretowane w świetle art. 267 WE, który przewiduje, że „[z]adaniem [EBI] jest przyczynianie się, poprzez odwołanie się do rynku kapitałowego i zasobów własnych, do zrównoważonego i stałego rozwoju wspólnego rynku w interesie Wspólnoty" oraz że „Bank, nie dążąc do osiągania zysków, udziela pożyczek i gwarancji, które sprzyjają finansowaniu […] projektów we wszystkich sektorach gospodarki", a także w świetle postanowień statutu przytoczonych w pkt 37 powyżej, z których wynika, że podstawowym zadaniem Komitetu

Zarządzającego jest opracowanie i wprowadzanie w życie decyzji w zakresie udzielania pożyczek i związanych z nimi gwarancji, przyjmowanych przez Radę Dyrektorów zgodnie z wytycznymi uchwalonymi przez Radę Gubernatorów (zob. podobnie i analogicznie opinia rzecznika generalnego F.G. Jacobsa w sprawie zakończonej ww. w pkt 42 wyrokiem w sprawie Komisja przeciwko EBI, Rec. s. I-7290, pkt 75–78). Wprawdzie przepisy statutu nie wykluczają całkowicie możliwości podejmowania przez Komitet Zarządzający – w ramach bieżących działań EBI – decyzji wywołujących skutki prawne wobec podmiotów trzecich, jednak wynika z nich jasno, że tego rodzaju decyzje są przyjmowane lub powinny w normalnych warunkach być przyjmowane albo przez Radę Gubernatorów, albo przez Radę Dyrektorów.

48 Brak wzmianki na temat Komitetu Zarządzającego w tekście art. 237 WE jest odzwierciedleniem takiego podziału kompetencji w EBI. Ponieważ Komitet Zarządzający powinien co do zasady opracowywać, a nie przyjmować decyzje mające wywierać skutki prawne wobec podmiotów trzecich w rozumieniu art. 29 akapit pierwszy statutu, przy redagowaniu traktatu WE uznano, iż kontrola sądowa jego aktów nie jest konieczna. Analogiczne wnioski można wyciągnąć z art. 230 WE, który przewiduje, iż akty ostateczne wywołujące skutki prawne wobec podmiotów trzecich przyjęte przez instytucje i EBC są zaskarżalne, natomiast środki, które służą jedynie do przygotowania przyjęcia takich aktów, nie podlegają zaskarżeniu. Podobnie w pkt 18 ww. w pkt 31 postanowienia w sprawie Têtе i in. przeciwko EBI, Sąd podkreślił, iż „EBI zachował swoją pierwotną funkcję, która polega na udzielaniu pożyczek i gwarancji (zob. art. 129 [EWG] i 130 [EWG] oraz art. 198D [WE] i 198E [WE])" oraz że „[w] stosunku do podmiotów trzecich, które nie korzystają z pożyczek ani gwarancji EBI, nie wydaje decyzji wywołujących skutki prawne". Tego rozumowania nie można jednak zastosować w przypadku, w którym jak w niniejszej sprawie jest pewne, że Komitet Zarządzający wydał decyzję wywołującą ostateczne skutki prawne wobec podmiotu trzeciego. We wspólnocie prawa, takiej jak Wspólnota, powinna istnieć możliwość zaskarżenia tego rodzaju decyzji przez podmiot, którego ona dotyczy.

49 W związku z powyższym należy uznać, iż ogólny przepis, jakim jest art. 230 WE, uzupełnia przepis szczególny zawarty w art. 237 WE, który ma jedynie ograniczony zakres i nie obejmuje aktów wywołujących ostateczne skutki prawne wobec podmiotów

trzecich, które Komitet Zarządzający musi przyjąć w ramach bieżących działań EBI, zgodnie z art. 13 ust. 3 statutu, takich jak zaskarżona decyzja lub decyzja o odmowie dostępu do dokumentów administracyjnych EBI.

50 W trzeciej kolejności, byłoby nie do przyjęcia, gdyby EBI – dzięki sprytnej organizacji swojego wewnętrznego procesu decyzyjnego – mógł uniknąć kontroli sądowej, jaką traktat WE chciał objąć akty instytucji czy każdego podmiotu wspólnotowego, który jak EBI został powołany do życia i wyposażony w osobowość prawną przez traktat WE (zob. podobnie i analogicznie ww. w pkt 42 opinia rzecznika generalnego F.G. Jacobsa w sprawie zakończonej wyrokiem Komisja przeciwko EBI, pkt 71). Zatem akty formalnie wydane w EBI przez organy inne niż wymienione w art. 237 lit. b) i c) WE, tj. organy inne niż Rada Gubernatorów czy Rada Dyrektorów, muszą podlegać kontroli sądowej, jeżeli są ostateczne i wywołują skutki prawne wobec podmiotów trzecich. Otóż na mocy art. 225 WE, 230 WE i 237 WE Trybunał Sprawiedliwości i w niniejszej sprawie Sąd są właściwe w szczególności do kontrolowania legalności każdej decyzji administracyjnej EBI, tj. każdego aktu wydanego jednostronnie przez EBI, który wywołuje ostateczne skutki prawne wobec podmiotów trzecich.

51 W czwartej kolejności, należy zapewnić, aby nie doszło do naruszenia niezależności funkcjonalnej i instytucjonalnej EBI oraz jego reputacji jako podmiotu działającego samodzielnie na rynkach finansowych, tak jak je określił traktat WE (wyrok Trybunału z dnia 3 marca 1988 r. w sprawie 85/86 Komisja przeciwko EBI, Rec. s. 1281, pkt 27–30; ww. w pkt 42 wyrok z dnia 10 lipca 2003 r. w sprawie Komisja przeciwko EBI, pkt 101 i nast.). Tymczasem przyjęcie zaskarżonej decyzji wiąże się z wykonywaniem przez EBI działań, które wchodzą w zakres działań administracji wspólnotowej, i mówiąc dokładniej – w zakres czynności tej administracji jako instytucji zamawiającej, a nie z wykonywaniem przez EBI działań lub operacji w dziedzinie finansów lub na rynkach finansowych. Wobec powyższego kontrola legalności, jaką Sąd może być zmuszony przeprowadzać na podstawie art. 225 ust. 1 WE oraz art. 230 WE, nawet jeśli z założenia jest szersza niż kontrola, jaką Trybunał sprawuje nad uchwałami Rady Dyrektorów EBI na podstawie art. 237 lit. c) WE, nie może jednak być postrzegana jako kontrola mogąca naruszyć niezależność funkcjonalną i instytucjonalną,

jaką dysponuje EBI w celu udzielania pożyczek i gwarancji oraz ich finansowania w szczególności ze środków pozyskanych na rynkach kapitałowych, lub jako kontrola mogąca naruszyć reputację EBI czy też jego wiarygodność jako podmiotu działającego samodzielnie na rynkach finansowych. Poza tym należy podkreślić, że sam EBI utrzymuje, iż Sąd jest właściwy do rozpoznania niniejszego żądania stwierdzenia nieważności na podstawie art. 225 ust. 1 WE oraz art. 230 WE. Zatem nie uważa on, żeby kontrola legalności, jaką Sąd wykonuje w tym zakresie, mogła naruszyć niezależność funkcjonalną i instytucjonalną, jaką dysponuje on na mocy traktatu WE i swojego statutu.

52 Zatem potrzeba pełnej kontroli legalności aktów wspólnotowych wymaga dokonania wykładni art. 225 ust. 1 WE oraz art. 230 WE w ten sposób, że nie wyłączają one właściwości Sądu do rozpoznania skargi o stwierdzenie nieważności aktu, który wchodzi w zakres bieżących działań EBI zapewnianych przez Komitet Zarządzający i wywołuje ostateczne skutki prawne wobec podmiotu trzeciego.

53 Z drugiej strony, jeśli chodzi o niniejsze żądanie odszkodowania, należy zauważyć, iż zasada ustalania właściwości sądów Unii, w tym przypadku Sądu, do rozpoznania skargi o stwierdzenie odpowiedzialności pozaumownej EBI, nie jest w sposób konkretny ustalona w przepisach. Zatem przy braku przepisów szczegółowych to wykładnia art. 225 ust. 1 WE, art. 235 WE oraz art. 288 akapit drugi WE decyduje, czy Trybunał Sprawiedliwości i, w niniejszym przypadku, Sąd są właściwe do rozpoznania niniejszego roszczenia odszkodowawczego dochodzonego od EBI.

54 Należy, po pierwsze, zauważyć, iż Trybunał uznał już, że jest właściwy do orzekania w przedmiocie skargi o odszkodowanie wniesionej przeciwko EBI na podstawie art. 178 EWG oraz art. 215 akapit drugi EWG (obecnie art. 235 WE i art. 288 akapit

drugi WE). Podstawą uzasadnienia właściwości Sądu był fakt, iż akt, który miałby być niezgodny z prawem, wynikał z wykonania umowy o finansowanie zawartej przez EBI działający w charakterze pełnomocnika Wspólnoty i na jej rzecz w ramach wykonywania kompetencji, jakie niektóre przepisy nadają mu w zakresie przyznawania środków, i zarządzania kapitałami podwyższonego ryzyka finansowanymi z budżetu wspólnotowego oraz iż EBI sam jest podmiotem, który na mocy traktatu WE wpisuje się w ramy wspólnotowe, a działania i zaniechania EBI przy wykonywaniu tego rodzaju umowy można przypisać Wspólnocie (zob. podobnie ww. w pkt 31 wyrok z dnia 2 grudnia 1992 r. w sprawie SGEEM i Etroy przeciwko EBI, pkt 4 i 12–15; wyrok z dnia 25 maja 1993 r. w sprawie C-370/89 SGEEM i Etroy przeciwko EBI, Rec. s. I-2583, pkt 24). W tym kontekście Trybunał zauważył, iż „wyrażenia »instytucja« użytego w art. 215 akapit drugi traktatu [EWG] nie należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono wyłącznie do instytucji Wspólnoty wymienionych w art. 4 ust. 1 traktatu [EWG], lecz że obejmuje również ze względu na system odpowiedzialność pozaumownej wprowadzony przez traktat [EWG] organy wspólnotowe takie jak [EBI]" (ww. w pkt 31 wyrok z dnia 2 grudnia 1992 r. w sprawie SGEEM i Etroy przeciwko EBI, pkt 16).

55 Po drugie, należy wziąć pod uwagę, iż wprawdzie w systemie środków prawnych ustanowionym przez traktat WE skarga o odszkodowanie stanowi środek prawny niezależny od skargi o stwierdzenie nieważności, niemniej jednak w tym przypadku istnieje bezpośredni związek między żądaniem odszkodowania a żądaniem stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji, ponieważ w skardze wskazano dokładnie, że „[…] żądanie odszkodowania wniesione na podstawie art. 235 WE i 288 WE jest uzasadnione bezprawnością zaskarżonej decyzji", zatem żądanie odszkodowania jawi się jako uzupełniające w stosunku do żądania stwierdzenia nieważności. Co więcej, ze skargi wynika, iż żądanie odszkodowania dotyczy uzyskania zapłaty kwoty, której wysokość odpowiada dokładnie „szacowanemu zyskowi brutto, jaki skarżąca uzyskałaby […], gdyby zostało jej udzielone zamówienie", tj. należnościom, których skarżąca została, według niej, pozbawiona z powodu zaskarżonej decyzji. Zatem żądanie odszkodowania dąży w rzeczywistości do cofnięcia skutków prawnych wywołanych przez zaskarżoną decyzję w stosunku do skarżącej i gdyby zostało uwzględnione, spowodowałoby w konsekwencji zniesienie tych skutków prawnych.

56 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem (wyrok Trybunału z dnia 26 lutego 1986 r. w sprawie 175/84 Krohn Import-Export przeciwko Komisji, Rec. s. 753, pkt 32, 33; wyroki Sądu: z dnia 15 marca 1995 r. w sprawie T-514/93 Cobrecaf i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-621, pkt 59; z dnia 17 października 2002 r. w sprawie T-180/00 Astipesca przeciwko Komisji, Rec. s. II-3985, pkt 139), należy wziąć pod uwagę „bezpośredni związek" lub „komplementarność" występującą w rozpoznawanej sprawie między skargą o stwierdzenie nieważności a skargą o odszkodowanie, a także uzupełniający charakter tej drugiej w stosunku do pierwszej – na etapie oceny dopuszczalności obydwu skarg – tak aby uniknąć sztucznego rozdzielenia rozstrzygnięcia skargi o odszkodowanie od rozstrzygnięcia skargi o stwierdzenie nieważności, dla której jest ona przecież jedynie elementem dodatkowym lub uzupełnieniem.

57 Po trzecie, należy podkreślić, że ponieważ szkody, jakie miałby wyrządzić skarżącej EBI, wiążą się z wykonywaniem przez EBI działań, które wchodzą w zakres działań administracji wspólnotowej i mówiąc dokładniej – w zakres czynności tej administracji jako instytucji zamawiającej, a nie z wykonywaniem przez EBI działań lub operacji w dziedzinie finansów lub na rynkach finansowych, kontrola, jaką Sąd powinien przeprowadzić na podstawie art. 225 ust. 1 WE, art. 235 WE i art. 288 akapit drugi WE, nie może być postrzegana jako kontrola mogąca zagrozić niezależności funkcjonalnej i instytucjonalnej EBI oraz naruszyć reputację EBI jako podmiotu działającego samodzielnie na rynkach finansowych. Poza tym sam EBI utrzymuje, iż Sąd jest właściwy do rozpoznania niniejszego żądania odszkodowania wniesionego wobec Banku na podstawie art. 225 ust. 1 WE, art. 235 WE oraz art. 288 WE i wcale nie uważa, żeby taka kontrola mogła prowadzić do naruszenia jego niezależności funkcjonalnej i instytucjonalnej.

58 Zatem Sąd jest właściwy również do orzekania w przedmiocie żądania odszkodowania dochodzonego od EBI na podstawie art. 225 ust. 1 WE, art. 235 WE i art. 288 akapit drugi WE, w sytuacji gdy takie żądanie ma charakter uzupełniający w stosunku

do żądania – które samo jest z kolei dopuszczalne – stwierdzenia nieważności aktu EBI wywołującego ostateczne skutki prawne wobec podmiotów trzecich.

59 Wynika stąd, iż Sąd jest właściwy do rozpoznania niniejszej skargi w całości.

W przedmiocie interesu prawnego skarżącej do wniesienia skargi o stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji

Argumenty stron

60 Zapytany o to na rozprawie EBI potwierdził, iż zaskarżona decyzja została wykonana, ponieważ umowa ramowa z wybranym oferentem została zawarta i częściowo wykonana. W związku z tym Bank uważa, iż ewentualne stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji nie może już wywołać względem niego żadnego skutku takiego jak wszczęcie kolejnego postępowania przetargowego. Dodał natomiast, iż nie zamierza podważać dopuszczalności niniejszej skargi ze względu na brak interesu prawnego skarżącej do wniesienia skargi o stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji. Wskazał ponadto, że wprawdzie teoretycznie można rozważać możliwość przywrócenia do właściwego stanu sytuacji odrzuconego oferenta, który wniósł skargę, w formie zapłaty odszkodowania, jednak w rozpoznawanej sprawie nie zostały spełnione przesłanki do zapłaty takiego odszkodowania, ponieważ skarżąca nie poniosła żadnej rzeczywistej szkody z powodu zaskarżonej decyzji.

61 Na rozprawie skarżąca utrzymywała, iż wielokrotnie uzyskała stwierdzenie nieważności decyzji o udzielenie zamówienia, w części lub w całości, mimo to instytucje, które wydały te decyzje, nie zareagowały na stwierdzenie nieważności w sposób

satysfakcjonujący. Ponadto wskazała, iż ma podwójny interes w złożeniu skargi o stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji. Po pierwsze, twierdzi, że z uwagi na uczestniczenie w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ma interes w tym, żeby naruszenia prawa, jakimi obarczona jest zaskarżona decyzja, zostały stwierdzone przez Sąd i dzięki temu spowodować, żeby w przyszłości nie dochodziło do podobnych bezprawnych działań. Po drugie zaś twierdzi, iż ma interes prawny w doprowadzeniu do stwierdzenia naruszeń prawa w celu uzyskania odszkodowania.

Ocena Sądu

62 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem skarga o stwierdzenie nieważności wniesiona przez osobę fizyczną lub prawną jest dopuszczalna tylko wówczas, gdy skarżący ma interes w stwierdzeniu nieważności zaskarżonego aktu, co oznacza, że stwierdzenie nieważności zaskarżonego aktu może samo w sobie wywołać skutki prawne i że w wyniku skargi strona skarżąca będzie mogła uzyskać jakąś korzyść (wyrok Sądu z dnia 10 grudnia 2009 r. w sprawie T-195/08 Antwerpse Bouwwerken przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-4439, pkt 33). Ponieważ niespełnienie przesłanek dopuszczalności skargi, a w szczególności brak interesu prawnego, należy do bezwzględnych przeszkód procesowych, Sąd winien ustalić z urzędu, czy skarżące mają interes w stwierdzeniu nieważności zaskarżonej decyzji (zob. postanowienie Sądu z dnia 10 marca 2005 r. w sprawie T-228/00 Gruppo ormeggiatori del porto di Venezia przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-787, pkt 22 i przytoczone tam orzecznictwo). To orzecznictwo stosuje się przez analogię do żądań stwierdzenia nieważności sformułowanych w ramach skargi zawierającej dodatkowo żądanie odszkodowania.

63 W rozpoznawanej sprawie należy z urzędu zbadać, czy ewentualne stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji może przynieść korzyść skarżącej, mimo iż nie będzie można wszcząć kolejnego postępowania przetargowego i że w niniejszych

okolicznościach strony są zgodne co do tego, iż zawarcie umowy i częściowe wykonanie zamówienia sprawiają, że skarżąca nie ma już żadnych szans na uzyskanie spornego zamówienia od EBI.

64 Z orzecznictwa wynika, że nawet w przypadku gdy decyzja o udzieleniu zamówienia została całkowicie wykonana na rzecz innych uczestników przetargu, oferent nadal ma interes prawny w stwierdzeniu nieważności tej decyzji w celu nakazania instytucji zamawiającej przywrócenia swojej sytuacji do właściwego stanu lub w celu skłonienia instytucji zamawiającej do wprowadzenia na przyszłość odpowiednich zmian w procedurach przetargowych, jeżeli zostaną one uznane za niezgodne z niektórymi wymogami prawnymi (zob. podobnie ww. w pkt 32 wyrok w sprawie Simmenthal przeciwko Komisji, pkt 32; wyrok Sądu z dnia 14 października 1999 r. w sprawach połączonych T-191/96 i T-106/97 CAS Succhi di Frutta przeciwko Komisji, Rec. s. II-3181, pkt 63).

65 W istocie okoliczność, że umowa dotycząca wykonania zamówienia publicznego została podpisana, a nawet wykonana przed wydaniem orzeczenia kończącego postępowanie główne ze skargi wniesionej przez odrzuconego oferenta w celu zaskarżenia decyzji o udzieleniu rzeczonego zamówienia, i że instytucja zamawiająca jest związana umową z wyłonionym wykonawcą nie wyłącza – o ile skarga w postępowaniu głównym zostanie uwzględniona –ciążącego na instytucji zamawiającej, na mocy art. 233 WE, obowiązku podjęcia środków koniecznych do zapewnienia odpowiedniej ochrony interesów odrzuconego oferenta (zob. podobnie postanowienie Prezesa Sądu z dnia 10 listopada 2004 r. w sprawie T-303/04 R European Dynamics przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-3889, pkt 83).

66 Jeżeli w wyniku skargi oferenta odrzuconego w przetargu publicznym zostanie stwierdzona nieważność decyzji o udzieleniu zamówienia, lecz instytucja zamawiająca nie jest już w stanie wszcząć kolejnego postępowania przetargowego dotyczącego odnośnego zamówienia publicznego, interesy tego oferenta można chronić na przykład przez rekompensatę pieniężną odpowiadającą utracie szansy na uzyskanie zamówienia albo utraconemu zyskowi, jeżeli można ustalić w sposób pewny, że oferentowi

udzielono by zamówienia (zob. podobnie postanowienia Prezesa Sądu: z dnia 2 maja 1994 r. w sprawie T-108/94 R Candiotte przeciwko Radzie, Rec. s. II-249, pkt 27; z dnia 20 lipca 2000 r. w sprawie T-169/00 R Esedra przeciwko Komisji, Rec. s. II-2951, pkt 51; ww. w pkt 65 postanowienie w sprawie European Dynamics przeciwko Komisji, pkt 83). Z najnowszego orzecznictwa wynika bowiem, iż można przypisać pewną wartość ekonomiczną utracie szansy na uzyskanie zamówienia publicznego poniesionej przez oferenta odrzuconego w danym przetargu na skutek decyzji niezgodnej z prawem (zob. podobnie postanowienia Prezesa Sądu: z dnia 25 kwietnia 2008 r. w sprawie T-41/08 R Vakakis przeciwko Komisji, niepublikowane w Zbiorze, pkt 66, 67 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 20 stycznia 2010 r. w sprawie T-443/09 R Agriconsulting Europe przeciwko Komisji, niepublikowane w Zbiorze, pkt 32–34 i przytoczone tam orzecznictwo).

67 W niniejszej sprawie skarżąca ma interes prawny legitymujący ją do wniesienia skargi o stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji w celu doprowadzenia, na podstawie zobowiązania, które wynika z art. 233 akapit pierwszy WE, do przywrócenia jej sytuacji przez EBI do właściwego stanu, co może ewentualnie przybrać formę rekompensaty pieniężnej odpowiadającej utracie szansy na uzyskanie zamówienia. Wprawdzie skarżąca wystąpiła z żądaniem odszkodowania, na podstawie którego mogłaby nastąpić zapłata sumy pieniężnej w formie odszkodowania, należy jednak zaznaczyć, iż jej żądanie nie dotyczy utraty szansy na uzyskanie zamówienia, lecz utraconego zysku odpowiadającego dochodom, jakie by osiągnęła, gdyby wykonała zamówienie (zob. pkt 210, poniżej). Wynika stąd, iż to żądanie odszkodowania mogłoby zostać oddalone, co nie przesądzałoby o możliwości uzyskania przez skarżącą, stosownie do okoliczności, rekompensaty pieniężnej za utratę szansy na uzyskanie zamówienia z tytułu odpowiedniego przywrócenia swojej sytuacji do poprzedniego stanu, zgodnie z art. 266 akapit drugi TFUE.

68 W powyższego wynika, iż w wyniku żądania stwierdzenia nieważności skarżąca będzie mogła odnieść jakąś korzyść, tak że skarżąca ma interes prawny legitymujący ją do wniesienia skargi o stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji.

W przedmiocie niezaskarżenia w toku postępowania przetargowego formuły zastosowanej do oceny porównawczej ofert

Argumenty stron

69 EBI utrzymuje, iż kwestionowanie przez skarżącą formuły zastosowanej do oceny porównawczej ofert jest niedopuszczalne, ponieważ nie uczyniła tego w odpowiednim czasie, a mianowicie przed terminem złożenia ofert.

70 Skarżąca wnosi o oddalenie zarzutu niedopuszczalności przedstawionego w tym zakresie przez EBI.

Ocena Sądu

71 Niniejszy zarzut niedopuszczalności w praktyce odnosi się do zarzutów trzeciego i czwartego podniesionych w ramach żądania stwierdzenia nieważności, za pomocą których skarżąca podważa zgodność z prawem kryterium udzielenia zamówienia określonego jako „Zdolność zapewnienia zespołu pracowników z własnych zasobów kadrowych", a także do zarzutu piątego podniesionego w ramach żądania stwierdzenia nieważności, za pomocą którego skarżąca podważa zgodność z prawem względnej wagi kryteriów udzielenia zamówienia, a mianowicie 75% punktów za kryteria techniczne i 25% punktów za kryterium finansowe.

72 Prawdą jest, iż podważając zgodność z prawem formuły zastosowanej do oceny porównawczej ofert, skarżąca podważa równocześnie zgodność z prawem specyfikacji warunków zamówienia. Tak więc w niniejszej sprawie powstaje pytanie, czy dokument przetargowy, taki jak specyfikacja warunków zamówienia, jest aktem, który

może być przedmiotem skargi bezpośredniej na podstawie art. 230 akapit czwarty WE, a zatem czy skarżąca powinna była wystąpić przeciwko tej specyfikacji warunków zamówienia na podstawie tego przepisu w terminie dwóch miesięcy określonym w piątym akapicie tego artykułu.

73 Specyfikacji warunków zamówienia nie można uznać za akt, który dotyczy każdego oferenta indywidualnie. W istocie specyfikacja warunków zamówienia, podobnie jak wszelkie wydane przez instytucję zamawiającą dokumenty przetargowe, w których skład ona wchodzi, ma zastosowanie do sytuacji określonych w sposób obiektywny i rodzi skutki prawne w odniesieniu do kategorii osób określonych w sposób generalny i abstrakcyjny. Zatem ma ona charakter generalny i przekazanie jej indywidualnie oferentom przez instytucję zamawiającą nie pozwala na zindywidualizowanie każdego z tych oferentów w stosunku do każdej innej osoby w rozumieniu art. 230 akapit czwarty WE (wyrok Sądu z dnia 21 maja 2008 r. w sprawie T-495/04 Belfass przeciwko Radzie, Zb.Orz. s. II-781, pkt 36–42).

74 W niniejszej sprawie zaskarżona decyzja jest więc pierwszym aktem podlegającym zaskarżeniu przez skarżącą i w związku z tym pierwszym aktem uprawniającym ją przy sposobności do zakwestionowania zgodności z prawem formuły zastosowanej do oceny porównawczej ofert, jaka została przyjęta przez EBI w specyfikacji warunków zamówienia.

75 Zatem EBI niesłusznie zarzuca skarżącej rzekomo spóźniony charakter zakwestionowania przez nią pomocniczo w ramach niniejszej skargi zgodności z prawem formuły zastosowanej do oceny porównawczej ofert, jaka została przyjęta przez EBI w specyfikacji warunków zamówienia.

76 Wobec powyższego należy stwierdzić, iż zarzuty trzeci, czwarty i piąty podniesione w ramach żądania o stwierdzenie nieważności są dopuszczalne i oddalić zarzut niedopuszczalności podniesiony w tym zakresie przez EBI.

W przedmiocie niejasności żądania odszkodowania

Argumenty stron

77 EBI twierdzi, iż zgodnie z wymogami art. 44 § 1 lit. c) regulaminu postępowania żądanie odszkodowania jest niedopuszczalne, ponieważ trzy przesłanki odpowiedzialności pozaumownej Wspólnoty określone w art. 288 ust. 2 WE, w niniejszej sprawie nie zostały wskazane w skardze, a skarżąca nie twierdzi, że rzeczone przesłanki są spełnione. Według Banku skarga jest niejasna jeśli chodzi o naruszenia prawa w toku postępowania przetargowego, istnienie związku przyczynowego między tymi naruszeniami prawa a szkodą podniesioną przez skarżącą oraz jeśli chodzi o naturę i dokładną wysokość dochodzonego odszkodowania. Wobec tego w świetle obowiązującego orzecznictwa (wyrok Trybunału z dnia 2 grudnia 1971 r. w sprawie 5/71 Zuckerfabrik Schöppenstedt przeciwko Radzie, Rec. s. 975; wyrok Sądu z dnia 23 września 1994 r. w sprawie T-461/93 An Taisce i WWF UK przeciwko Komisji, Rec. s. II-733, pkt 42, 43) takie żądanie powinno zostać odrzucone jako niedopuszczalne.

78 Skarżąca uważa zasadniczo, że art. 44 § 1 lit. c) regulaminu postępowania przed Sądem nie został naruszony oraz że dowody, na podstawie których można zidentyfikować trzy przesłanki powstania odpowiedzialności pozaumownej Wspólnoty, określone w art. 288 ust. 2 WE, zostały wymienione w skardze.

Ocena Sądu

79 Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 21 statutu Trybunału oraz art. 44 § 1 lit. c) regulaminu postępowania każda skarga powinna zawierać przedmiot sporu oraz zwięzłe przedstawienie stawianych zarzutów prawnych. Wskazanie to powinno być

wystarczająco jasne i dokładne, by umożliwić stronie pozwanej przygotowanie jej obrony, a Sądowi wydanie rozstrzygnięcia w przedmiocie skargi, w razie potrzeby bez dodatkowych informacji na jej poparcie. Aby zagwarantować pewność prawa i prawidłowe administrowanie wymiarem sprawiedliwości, konieczne jest, aby istotne okoliczności faktyczne i prawne, na których oparta jest skarga, wynikały z samej jej treści, choćby w zwięzłej formie, lecz w sposób spójny i zrozumiały (wyrok Sądu z dnia 3 lutego 2005 r. w sprawie T-19/01 Chiquita Brands i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-315, pkt 64 i przytoczone tam orzecznictwo).

80 Aby spełniać te wymogi, skarga wniesiona w celu dochodzenia naprawienia szkody wyrządzonej przez instytucję lub każdy inny organ czy podmiot wspólnotowy musi zawierać elementy pozwalające na identyfikację zachowania, które skarżący zarzuca tej instytucji, temu organowi lub podmiotowi, powodów, dla których uznał on, że istnieje związek przyczynowy między tym zachowaniem a szkodą, którą, jak twierdzi, poniósł, jak również charakteru i zakresu szkody (zob. wyroki Sądu: z dnia 18 września 1996 r. w sprawie T-387/94 Asia Motor France i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-961, pkt 107; z dnia 10 lipca 1997 r. w sprawie T-38/96 Guérin automobiles przeciwko Komisji, Rec. s. II-1223, pkt 42; ww. w pkt 79 wyrok w sprawie Chiquita Brands i in. przeciwko Komisji, pkt 65 i przytoczone tam orzecznictwo).

81 Jak stwierdzono w skardze, „[…] żądanie odszkodowania zgłoszone na podstawie art. 235 WE i 288 WE jest uzasadnione bezprawnością zaskarżonej decyzji […], która jest przedmiotem niniejszej skargi". Wynika stąd, iż żądanie to opiera się wyraźnie na naruszeniach prawa wskazanych w żądaniu stwierdzenia nieważności. Ponadto w skardze stwierdzono, że „skarżąca żąda od EBI zapłaty odszkodowania w wysokości odpowiadającej 50% sumy 3,88 mln EUR, tj. 1,94 mln EUR, czyli szacowanemu zyskowi brutto, jaki skarżąca uzyskałaby w ramach wspomnianego powyżej postępowania przetargowego, gdyby zostało jej udzielone zamówienie". Wynika stąd, iż skarga zawiera elementy pozwalające na ustalenie charakteru i zakresu zarzucanej EBI szkody. Poza tym skarżąca przedstawia w skardze wyjaśnienia na temat sposobu obliczenia tej sumy. W związku z powyższym nawet jeśli skarżąca nie poświęciła odrębnej części

skargi na kwestię związku przyczynowego między naruszeniem prawa a szkodami, na jakie się powołuje, skarga zawiera elementy pozwalające na wskazanie powodów, dla których skarżąca uznała, że istnieje związek przyczynowy między tym zachowaniem a szkodą, którą – jak twierdzi – poniosła, a mianowicie w niniejszej sprawie związek przyczynowy wynika według niej z okoliczności, iż zaskarżona decyzja uniemożliwiła jej uzyskanie zamówienia i zawarcie z EBI umowy ramowej dotyczącej wykonania tego zamówienia.

82 W tych okolicznościach należy orzec, iż żądanie odszkodowania jest dopuszczalne, i oddalić zarzut niedopuszczalności podniesiony w tym zakresie przez EBI.

2. *Co do istoty*

W przedmiocie prawa właściwego

Argumenty stron

83 Skarżąca uważa, że jako instytucja zamawiająca EBI jest zobowiązany działać zgodnie z postanowieniami „Przewodnika udzielania zamówień publicznych – Przewodnika udzielania przez [EBI] na swoją rzecz zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane", w wersji obowiązującej w okresie wystąpienia okoliczności faktycznych sprawy (zwanego dalej „przewodnikiem"), a także przestrzegać zasad ogólnych i przepisów prawa właściwych w zakresie procedur przetargowych. Ponadto chociaż dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane,

dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114) nie ma jako taka zastosowania do postępowań przetargowych EBI, ze wstępu do przewodnika wynika, że wskazana dyrektywa stanowi odpowiedni punkt odniesienia do oceny przepisów przewodnika, które się na niej wzorują. Poza tym Sąd poddał już kontroli legalności decyzję Komisji o udzieleniu zamówienia publicznego w świetle przepisów dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, s. 1), zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r. zmieniającą również dyrektywy 93/36/EWG i 93/37/EWG dotyczące koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych, odpowiednio na usługi, dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 328, s. 1) (wyrok Sądu z dnia 12 marca 2008 r. w sprawie T-345/03 Evropaïki Dynamiki przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-341, pkt 206).

84 EBI twierdzi natomiast, iż dyrektywa 2004/18 nie ma do niego zastosowania, i dodaje, że orzecznictwo obowiązujące w dziedzinie procedur przetargowych dotyczy go tylko w zakresie, w jakim dokonuje wykładni przepisów, które mają zastosowanie do Banku. Z orzecznictwa wynika (ww. w pkt 31 wyrok w sprawie Sogelma przeciwko EAR, pkt 115; wyrok Sądu z dnia 10 września 2008 r. w sprawie T-59/05 Evropaïki Dynamiki przeciwko Komisji, niepublikowany w Zbiorze, pkt 46, 47), iż dyrektywa 2004/18, podobnie jak i dyrektywa 92/50, którą ta pierwsza uchyla i zastępuje, nie mają zastosowania do zamówień publicznych udzielonych na swoją rzecz przez instytucję, organ lub podmiot wspólnotowy, chyba że przepisy, które mają do nich zastosowanie, wyraźnie odsyłają do tych dyrektyw.

Ocena Sądu

85 Argumenty stron nasuwają pytanie, jakie przepisy regulują udzielanie zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, jakich EBI udziela na swoją rzecz, pod tytułem odpłatnym, finansując je z zasobów własnych.

86 EBI korzysta z autonomii finansowej, ponieważ zgodnie z art. 267 WE działa „poprzez odwołanie się do rynku kapitałowego i zasobów własnych" (zob. podobnie ww. w pkt 42, powyżej wyrok z dnia 10 lipca 2003 r. w sprawie Komisja przeciwko EBI, pkt 101, 128), a nie środków z budżetu wspólnotowego, mimo iż ma on zarządzać środkami pochodzącymi z tego budżetu, działając jako pełnomocnik Wspólnoty i na jej rzecz, tak że w rezultacie część jego działalności jest realizowana ze środków wspólnotowych. W niniejszej sprawie skarga dotyczy jednak postępowania finansowanego z własnych zasobów EBI.

87 Takie postępowanie nie podpada ani pod przepisy tytułu IV części drugiej rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz.U. L 248, s. 1), z późniejszymi zmianami (zwanego dalej „rozporządzeniem finansowym"), ani a fortiori pod przepisy tytułu III części drugiej rozporządzenia Komisji (WE, Euratom) nr 2342/2002 z dnia 23 grudnia 2002 r. ustanawiającego szczegółowe zasady wykonania rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 (Dz.U. L 357, s. 1) z późniejszymi zmianami (zwanego dalej „rozporządzeniem wykonawczym"). Przepisy te mają bowiem zastosowanie tylko do „budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich", a jak wynika z art. 88 ust. 1 rozporządzenia finansowego, reguluje ono jedynie zamówienia publiczne, które wiążą się z umowami finansowanymi, w całości lub części, z tegoż budżetu ogólnego (wyrok Sądu z dnia 8 maja 2007 r. w sprawie T-271/04 Citymo przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-1375, pkt 121).

88 Tym niemniej procedury udzielania zamówień publicznych w EBI powinny być zgodne z podstawowymi zasadami traktatu WE i ogólnymi zasadami prawa dotyczącymi w szczególności swobodnego przepływu towarów (art. 28 WE), prawa przedsiębiorczości (art. 43 WE), swobodnego przepływu usług (art. 49 WE), niedyskryminacji i równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności. Z ugruntowanego orzecznictwa w zakresie wspólnotowych procedur udzielania zamówień publicznych

wynika bowiem, iż instytucję zamawiającą obowiązują podstawowe zasady traktatu WE, zasady ogólne prawa, a także cele karty.

89 Ponadto nawet jeśli dyrektywy dotyczące udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi regulują tylko zamówienia udzielane przez podmioty lub instytucje zamawiające państw członkowskich i nie stosują się bezpośrednio do zamówień publicznych udzielanych przez administrację wspólnotową, na ustanowione w tych dyrektywach lub wywiedzione z nich normy lub zasady można powoływać się w odniesieniu do tej administracji, jeżeli one same stanowią jedynie szczególny wyraz podstawowych zasad traktatu WE i zasad ogólnych prawa, które bezpośrednio obowiązują administrację wspólnotową (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 9 września 2003 r. w sprawie C-25/02 Rinke, Rec. s. I-8349, pkt 25–28). W istocie we wspólnocie prawa jednolite stosowanie prawa jest podstawowym wymogiem (wyrok Trybunału z dnia 6 grudnia 2005 r. w sprawach połączonych C-453/03, C-11/04, C-12/04 i C-194/04 ABNA i in., Zb.Orz. s. I-10423, pkt 104), a zasada legalizmu obowiązuje każdy podmiot prawa. Zatem instytucje mają obowiązek przestrzegać zasad traktatu WE i zasad ogólnych prawa, które mają do nich zastosowanie, tak samo jak każdy inny podmiot prawa (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 17 grudnia 1998 r. w sprawie C-185/95 P Baustahlgewebe przeciwko Komisji, Rec. s. I-8417, pkt 18–21; ww. w pkt 62 wyrok w sprawie Antwerpse Bouwwerken przeciwko Komisji, pkt 55). Ponadto na normy lub zasady ustanowione w tych dyrektywach lub wywiedzione z nich można powoływać się w odniesieniu do administracji wspólnotowej, jeżeli w ramach korzystania ze swojej autonomii funkcjonalnej i instytucjonalnej, działając w granicach uprawnień przyznanych jej przez traktat WE, wydała ona akt, który wyraźnie odsyła – w celu uregulowania zamówień publicznych, jakich administracja udziela na swoją rzecz – do określonych norm lub określonych zasad ustanowionych w dyrektywach i na skutek tego aktu rzeczone normy i rzeczone zasady mają zastosowanie zgodnie z zasadą patere legem quam ipse fecisti (zob. podobnie wyroki Trybunału: z dnia 11 lipca 1985 r. w sprawach połączonych 87/77, 130/77, 22/83, 9/84 i 10/84 Salerno i in. przeciwko Komisji i Radzie, Rec. s. 2523, pkt 52, 56, 57; z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 P Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta, Rec. s. I-3801, pkt 113–115). Jeżeli taki akt wymaga wykładni, należy go interpretować w miarę możliwości w sposób uwzględniający wymóg jednolitego stosowania prawa wspólnotowego oraz jego zgodności z postanowieniami traktatu WE i ogólnymi

zasadami prawa (zob. wyroki Trybunału: z dnia 21 marca 1991 r. w sprawie C-314/89 Rauh, Rec. s. I-1647, pkt 17 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 29 czerwca 1995 r. w sprawie C-135/93 Hiszpania przeciwko Komisji, Rec. s. I-1651, pkt 37).

90 Z przewodnika wynika, iż właśnie w celu „przestrzegania podstawowych zasad UE związanych z udzielaniem zamówień publicznych, a w szczególności zasad: równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości" EBI postanowił ustanowić procedury przetargowe, które powinny umożliwić „wprowadzenie konkurencji pomiędzy oferentami o odpowiednich kwalifikacjach i przeprowadzenie selekcji w oparciu o względy zarówno ekonomiczne, jak i jakościowe". W tym celu EBI uznał, że „[w]prawdzie [d]yrektywa [2004/18] nie ma, jako taka, zastosowania do EBI, stanowi jednak odpowiednią podstawę do ustanowienia procedur [EBI]". W punkcie 2.1 przewodnika stwierdzono w szczególności, iż „[EBI] stosuje procedury opisane w [d]yrektywie [2004/18], jeżeli udziela zamówień, które nie są wyłączone z zakresu stosowania [d]yrektywy [2004/18] na podstawie jej przepisów, a których szacunkowa wartość nieobejmująca podatku od wartości dodanej (VAT), jest równa lub wyższa od podanych poniżej progów: a) 206000 EUR dla zamówień publicznych na usługi […]". Przewodnik zawiera zresztą wiele odesłań do przepisów dyrektywy 2004/18.

91 Punkty 2.4 i 2.5 przewodnika szczegółowo opisują poszczególne etapy procedury przetargowej, o której mowa w pkt 2.2.1 tego przewodnika.

92 Przewodnik wprowadza w tym zakresie przepisy o zasięgu ogólnym, które wywołują skutki prawne wobec podmiotów trzecich, w szczególności takich, które postanowiły złożyć ofertę na zamówienie publiczne finansowane w całości lub części z zasobów własnych EBI, a równocześnie wiąże prawnie EBI, w sytuacji gdy Bank postanawia udzielić zamówienia publicznego na swoją rzecz (zob. podobnie i analogicznie ww. w pkt 87 wyrok w sprawie Citymo przeciwko Komisji, pkt 122).

93 Z powyższych wywodów wynika, iż w sytuacji gdy EBI działa, poprzez odwołanie się do rynku kapitałowego i zasobów własnych, w szczególności w przypadku gdy udziela zamówień publicznych na swoją rzecz, obowiązują go zarówno zasady wymienione w pkt 88 powyżej, jak i przepisy przewodnika, w szczególności te przytoczone w pkt 91 powyżej, interpretowane w świetle zasad, które te przepisy mają wprowadzać w życie oraz, w odpowiednich przypadkach, w świetle przepisów dyrektywy 2004/18, do których te przepisy odsyłają.

W przedmiocie żądania stwierdzenia nieważności

94 W celu uzasadnienia swojego żądania stwierdzenia nieważności skarżąca przedstawia w skardze pięć zarzutów. Zarzut pierwszy opiera się w istocie na naruszeniu pkt 2.5.2 przewodnika, zasady przejrzystości i zasady równego traktowania, a także prawa do skuteczne środka prawnego. Zarzut drugi dotyczy w istocie naruszenia zasad przejrzystości i dobrej administracji, uchybienia obowiązkowi uzasadnienia niekorzystnej decyzji, a także naruszenia prawa do skutecznego środka prawnego. Zarzut trzeci opiera się w istocie na naruszeniu zasady proporcjonalności oraz uchybieniu obowiązkowi wybrania kryteriów udzielenia zamówienia umożliwiających obiektywną ocenę porównawczą ofert. Zarzut czwarty dotyczy naruszenia zasady równego traktowania i uchybienia obowiązkowi stosowania do oceny porównawczej ofert kryteriów udzielenia zamówienia, które nie zostały pomylone z kryteriami wyboru oferentów. Zarzut piąty opiera się na naruszeniu prawa właściwego w zakresie procedur przetargowych, wynikającego z okoliczności, iż względna waga kryteriów udzielenia zamówienia doprowadziła do zneutralizowania lub zminimalizowania w zaskarżonej decyzji „efektu cenowego".

95 W piśmie złożonym w dniu 8 stycznia 2010 r. (zob. pkt 21 powyżej) skarżąca podniosła szósty zarzut na poparcie stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji, oparty na naruszeniu art. 99 rozporządzenia finansowego oraz art. 148 ust. 1 i 2 rozporządzenia wykonawczego, które zabraniają wszelkich kontaktów między instytucją zamawiającą

a kandydatami lub oferentami, które prowadzą do zamiany warunków zamówienia lub warunków zawartych w ofercie, a także zasad: równego traktowania, przejrzystości i niedyskryminacji ustanowionych w art. 89 rozporządzenia finansowego w związku z motywem 18 tego rozporządzenia.

96 Najpierw należy zbadać łącznie pierwszy i drugi zarzut skargi, ponieważ zarzuty te częściowo pokrywają się. Następnie należy rozważyć łącznie zarzuty trzeci i czwarty, które – jak się wydaje – uzupełniają się wzajemnie. Na koniec, należy w dalszej kolejności ze względów praktycznych zbadać zarzut szósty przed zarzutem piątym.

W przedmiocie zarzutów pierwszego i drugiego

— Argumenty stron

97 W zarzutach pierwszym i drugim skarżąca utrzymuje, iż EBI naruszył pkt 2.5.2 przewodnika, zasady: przejrzystości, równego traktowania oraz dobrej administracji, prawo skarżącej do skutecznego środka prawnego, a także uchybił obowiązkowi uzasadnienia niekorzystnej decyzji. Przede wszystkim EBI powinien był możliwie jak najszybciej doręczyć jej zaskarżoną decyzję na piśmie i z własnej inicjatywy przekazać te same informacje co wszystkim oferentom, bez wyjątku, zapewniając im czas niezbędny na skorzystanie z przysługujących im praw. Następnie EBI powinien był przekazać jej w terminie 15 dni od jej wniosku nazwę wybranego oferenta i powody odrzucenia jej własnej oferty oraz uzasadnić zaskarżoną decyzję w odniesieniu

do skarżącej, przedstawiając zawarte w sprawozdaniu z oceny informacje na temat porównania ogólnych cech i zalet jej własnej oferty oraz oferty wybranego oferenta. Wreszcie EBI powinien był przynajmniej przekazać jej uzasadnienie zaskarżonej decyzji przed wniesieniem niniejszej skargi, aby zagwarantować jej prawo do skutecznego środka prawnego.

98 EBI wnosi o oddalenie zarzutu pierwszego. Według niego opublikowanie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Dzienniku Urzędowym jest we wspólnotowym porządku prawnym oficjalnie dopuszczalnym sposobem przekazania skarżącej zaskarżonej decyzji. Okoliczność, iż bank nie doręczył zaskarżonej decyzji skarżącej indywidualnie, stanowi błąd administracyjny popełniony przez jego pracowników. Pracownicy banku odpowiedzieli natomiast bezzwłocznie, tj. w dniu 1 sierpnia 2008 r. na wniosek skarżącej o udzielenie wyjaśnień z dnia 31 lipca 2008 r. W każdym razie, zgodnie z orzecznictwem, zarzut oparty na braku informacji nie może zostać uwzględniony, ponieważ w dniu wniesienia niniejszej skargi, a mianowicie w dniu 6 października 2008 r., skarżąca dysponowała uzasadnieniem zaskarżonej decyzji. Podobnie nie można stwierdzić żadnego naruszenia zasady równego traktowania, gdyż zarzucane EBI naruszenie prawa nie miało wpływu na zaskarżoną decyzję ze względu na okoliczność, iż w świetle kryteriów udzielenia zamówienia komisja przetargowa wyraźnie uznała, że oferta wybranego oferenta jest zdecydowanie lepsza od oferty skarżącej.

99 EBI wnosi również o oddalenie zarzutu drugiego. Twierdzi on, że uzasadnił zaskarżoną decyzję zgodnie z wymogami prawa i przeprowadził postępowanie w sposób zgodny z przepisami przewodnika oraz orzecznictwem obowiązującym w zakresie procedur przetargowych. Zgodnie z orzecznictwem oraz pkt 2.5.2 przewodnika skarżąca otrzymała w piśmie z dnia 1 sierpnia 2008 r. wyjaśnienie z uzasadnieniem na temat cech i względnej przewagi wybranej oferty, a także informację o nazwie wyłonionego wykonawcy, tak że zaskarżona decyzja została uzasadniona w sposób wystarczający, aby umożliwić skarżącej dochodzenie swoich praw, a Sądowi sprawowanie kontroli, wziąwszy pod uwagę szczególne okoliczności niniejszej sprawy. Z rzeczonego pisma wynika jasno, iż w każdym z kryteriów udzielenia zamówienia, z wyjątkiem kryterium

finansowego, oferta wybranego oferenta otrzymała ocenę dwukrotnie wyższą od oferty skarżącej. Nawet jeśli pod względem kryterium finansowego skarżąca uzyskała lepszą ocenę od wybranego oferenta, nie odegrało to decydującej roli, ponieważ względna waga tego ostatniego kryterium stanowiła 25% punktów łącznej oceny.

— Ocena Sądu

100 W sytuacji gdy administracja wspólnotowa dysponuje szerokim marginesem uznania, poszanowanie gwarancji przyznanych przez wspólnotowy porządek prawny w postępowaniu administracyjnym nabiera jeszcze większego znaczenia. Do gwarancji tych należy między innymi obowiązek odpowiedniego uzasadnienia przez administrację swoich decyzji. Tylko na tej podstawie sąd wspólnotowy może ustalić, czy okoliczności faktyczne i prawne warunkujące korzystanie z uprawnień dyskrecjonalnych zostały spełnione (wyrok Trybunału z dnia 21 listopada 1991 r. w sprawie C-269/90 Technische Universität München, Rec. s. I-5469, pkt 14; wyrok Sądu z dnia 5 marca 2002 r. w sprawie T-241/00 Le Canne przeciwko Komisji, Rec. s. II-1251, pkt 53, 54). Z utrwalonego orzecznictwa wynika, iż administracja wspólnotowa dysponuje szerokim zakresem uznania w kwestii elementów, jakie bierze pod uwagę, udzielając zamówienia po przeprowadzeniu przetargu (wyroki Sądu: z dnia 27 września 2002 r. w sprawie T-211/02 Tideland Signal przeciwko Komisji, Rec. s. II-3781, pkt 33; z dnia 6 lipca 2005 r. w sprawie T-148/04 TQ3 Travel Solutions Belgium przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-2627, pkt 47; zob. także podobnie wyrok Trybunału z dnia 23 listopada 1978 r. w sprawie 56/77 Agence européenne d'intérims przeciwko Komisji, Rec. s. 2215, pkt 20).

101 W pierwszej kolejności należy zbadać zarzuty skarżącej oparte na naruszeniu przepisów pkt 2.5.2 przewodnika, z uwagi na to, że EBI nie poinformował jej w możliwie jak najkrótszym terminie o przyjęciu zaskarżonej decyzji.

102 Z punktu 2.5.2 przewodnika dotyczącego „kontaktów między [EBI] a kandydatami i oferentami" wynika, że „[EBI] możliwie jak najszybciej informuje wszystkie zainteresowane strony o decyzji podjętej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia".

103 EBI przyznał przed Sądem, a także w swoim piśmie do skarżącej z dnia 14 sierpnia 2008 r., że „skarżąca nie otrzymała w odpowiednim czasie oficjalnego pisma z informacją o wyniku postępowania przetargowego" i wyjaśnił, że „w wyniku szczegółowego postępowania wyjaśniającego [w następstwie] zażalenia skarżącej ustalono, że uchybienie to wynikało z błędu administracyjnego". Ponadto EBI przyznał, iż wszyscy oferenci „z niefortunnym wyjątkiem [s]karżącej" zostali poinformowani o wydaniu zaskarżonej decyzji pismem z dnia 18 lutego 2008 r. Nie ulega wątpliwości, że skarżąca dowiedziała się o istnieniu zaskarżonej decyzji dopiero po opublikowaniu ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w suplemencie do Dziennika Urzędowego w dniu 26 lipca 2008 r., tj. ponad miesiąc po podpisaniu umowy ramowej w dniach 12 i 17 czerwca 2008 r. oraz jej wejściu w życie w dniu 16 czerwca 2008 r.

104 W niniejszej sprawie EBI naruszył więc przepisy pkt 2.5.2 przewodnika z uwagi na to, że nie poinformował on skarżącej w możliwie jak najkrótszym terminie o wydaniu zaskarżonej decyzji.

105 W drugiej kolejności należy zbadać zarzuty skarżącej oparte na naruszeniu przepisów pkt 2.5.2 przewodnika oraz uchybieniu obowiązkowi uzasadnienia niekorzystnych decyzji, z uwagi na fakt, iż EBI nie przekazał jej informacji na temat cech i względnej przewagi wybranej oferty ani nazwy wybranego wykonawcy w terminie 15 dni od otrzymania jej pisemnego wniosku lub najpóźniej przed wniesieniem niniejszej skargi.

106 Punkt 2.5.2 przewodnika stanowi w szczególności, iż „[n]a wniosek zainteresowanej strony [EBI] przekazuje w terminie 15 dni od otrzymania wniosku na piśmie: […] każdemu oferentowi, którego oferta została dopuszczona do udziału w przetargu, informacje na temat cech i względnej przewagi wybranej oferty, a także nazwę podmiotu, któremu udzielono zamówienia lub stron umowy ramowej […]".

107 Ten sposób postępowania jest zgodny z celem obowiązku uzasadnienia ustanowionym w art. 253 WE, zgodnie z którym uzasadnienie niekorzystnej decyzji musi pozwalać sądowi wspólnotowemu na wykonanie kontroli legalności, a zainteresowanemu na zapoznanie się z uzasadnieniem podjętego środka, tak aby mógł on bronić swoich praw oraz zbadać zasadność decyzji (zob. analogicznie wyroki Sądu: z dnia 24 stycznia 1992 r. w sprawie T-44/90 La Cinq przeciwko Komisji, Rec. s. II-1, pkt 42 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 8 maja 1996 r. w sprawie T-19/95 Adia Interim przeciwko Komisji, Rec. s. II-321, pkt 32; z dnia 12 lipca 2007 r. w sprawie T-250/05 Evropaïki Dynamiki przeciwko Komisji, niepublikowany w Zbiorze, pkt 68, 69). W kontekście procedur przetargowych okoliczność, iż zainteresowani oferenci otrzymują decyzję z uzasadnieniem dopiero w odpowiedzi na wyraźne żądanie z ich strony, wcale nie ogranicza ich możliwości dochodzenia swoich praw przed Sądem. W istocie termin do wniesienia skargi określony w art. 230 akapit piąty WE rozpoczyna bieg dopiero w momencie doręczenia decyzji z uzasadnieniem, pod warunkiem że oferent złożył wniosek w celu uzyskania decyzji z uzasadnieniem w rozsądnym terminie od powzięcia wiadomości o odrzuceniu jego oferty (zob. ww. wyrok w sprawie Adia Interim przeciwko Komisji, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo).

108 Ze względu na szerokie uprawnienia dyskrecjonalne, jakimi dysponuje w ramach postępowań przetargowych, instytucja zamawiająca jest obowiązana przedstawić odpowiednie uzasadnienie odrzuconym oferentom, którzy wnioskowali o nie, co wymaga od niej dołożenia starań, aby uzasadnienie, które przekazuje, dokładnie odzwierciedlało wszystkie elementy, na których opiera się decyzja (zob. podobnie ww. w pkt 84 wyrok z dnia 10 września 2008 r. w sprawie Evropaïki Dynamiki przeciwko Komisji, pkt 134).

109 Dopełnienie obowiązku uzasadnienia należy oceniać na podstawie informacji, jakimi dysponowała skarżąca w momencie wniesienia skargi (wyroki Sądu z dnia 25 lutego 2003 r. w sprawie T-183/00 Strabag Benelux przeciwko Radzie, Rec. s. II-135, pkt 58; w sprawie T-4/01 Renco przeciwko Radzie, Rec. s. II-171, pkt 96). Natomiast według utrwalonego orzecznictwa uzasadnienie nie może zostać przedstawione po raz pierwszy i a posteriori przed sądem, z wyjątkiem szczególnych okoliczności (zob. wyrok Sądu z dnia 20 maja 2009 r. w sprawie T-89/07 VIP Car Solutions przeciwko Parlamentowi, Zb.Orz. s. II-1403, pkt 76 i przytoczone tam orzecznictwo).

110 Jest bezsporne, iż pismem z dnia 31 lipca 2008 r. skarżąca złożyła wniosek w celu zapoznania się z cechami i względną przewagą wybranej oferty, a także poznania nazwy wybranego wykonawcy. EBI utrzymuje, że udzielił odpowiedzi na ten wniosek pismem z dnia 1 sierpnia 2008 r. Wprawdzie w następstwie tego ostatniego pisma skarżąca kolejny raz zażądała wyjaśnień w piśmie z dnia 1 sierpnia 2008 r., EBI odpowiedział jednak w piśmie z dnia 14 sierpnia 2008 r., że udzielił jej już możliwie najpełniejszej odpowiedzi i zachęcił do sięgnięcia do decyzji o udzieleniu zamówienia ogłoszonej w Dzienniku Urzędowym. Ani z akt sprawy, ani z argumentacji stron nie wynika, żeby przed wniesieniem niniejszej skargi uzasadnienie zaskarżonej decyzji mogło zostać przekazane skarżącej przez EBI w inny sposób niż przedstawiony powyżej.

111 Wynika stąd, iż uzasadnienie zaskarżonej decyzji przedstawione skarżącej przez EBI przed wniesieniem skargi, w odpowiedzi na jej wniosek z dnia 31 lipca 2008 r., powinno się znajdować w treści pisma EBI z dnia 1 sierpnia 2008 r., kontekście tego pisma oraz wszystkich przepisach regulujących odpowiednią dziedzinę, ponieważ ta decyzja została wysłana w terminie 15 dni od otrzymania wniosku skarżącej.

112 Z pisma z dnia 1 sierpnia 2008 r. wynika, iż EBI przekazał skarżącej nazwę wybranego oferenta, względną wagę poszczególnych kryteriów udzielenia zamówienia i zestawienie z podziałem punktacji przyznanej odpowiednio ofercie skarżącej oraz ofercie wybranego oferenta w wyniku oceny porównawczej ofert. W omawianym piśmie Bank wskazał, że oferta skarżącej otrzymała 22,03 punktu (na 35 punktów możliwych do uzyskania), podzielonych w następujący sposób: 8,75 punktu (na 8,75 możliwych do uzyskania) za kryterium finansowe, 2,85 punktu (na 5,25 możliwych do uzyskania) za kryterium techniczne pod nazwą „Proces zarządzania jakością", 7,43 punktu (na 15,75 możliwych do uzyskania) za kryterium techniczne „Poziom adekwatności umiejętności i kwalifikacji pracowników proponowanych do realizacji zamówienia" oraz 3 punkty (na 5,25 możliwych do uzyskania) za kryterium techniczne nazwane „Zdolność zapewnienia zespołu pracowników z własnych zasobów kadrowych", podczas gdy oferta wybranego oferenta uzyskała 29,36 punktu (na 35 punktów możliwych do uzyskania), podzielonych w następujący sposób: 5,29 punktu (na 8,75 możliwych do uzyskania) za kryterium finansowe, 4,12 punktu (na 5,25 możliwych

do uzyskania) za kryterium techniczne „Proces zarządzania jakością", 15,3 punktu (na 15,75 możliwych do uzyskania) za kryterium techniczne „Poziom adekwatności umiejętności i kwalifikacji pracowników proponowanych do realizacji zamówienia" oraz 4,12 punktu (za 5,25 możliwych do uzyskania) za kryterium techniczne „Zdolność zapewnienia zespołu pracowników z własnych zasobów kadrowych".

113 Informacje przekazane przez EBI w formie oceny punktowej pozwalały skarżącej na bezpośrednie porównanie w każdym z kryteriów udzielenia zamówienia punktacji uzyskanej przez jej ofertę z punktami uzyskanymi przez ofertę wybranego oferenta, ponieważ EBI nie ograniczył się do przekazania skarżącej łącznej oceny uzyskanej przez każdą z tych ofert. Informacje te w szczególności pozwalały skarżącej na ustalenie od razu konkretnych powodów, dla których jej oferta nie została wybrana, a mianowicie że uzyskana w wyniku oceny porównawczej ofert ocena łączna jej oferty był niższa od oceny łącznej uzyskanej przez ofertę wybranego oferenta, gdyż nawet jeśli otrzymała lepszą ocenę za kryterium finansowe, to wziąwszy pod uwagę względną wagę kryteriów udzielenia zamówienia przyjętą przez EBI, nie wystarczyło to do zrównoważenia ocen uzyskanych przez jej ofertę w każdym z trzech technicznych kryteriów udzielenia zamówienia, niższych od ocen otrzymanych przez ofertę wybranego oferenta.

114 W przypadku postępowania przetargowego, w którym skarżąca była najbardziej konkurencyjna w tym znaczeniu, że złożyła najtańszą ofertę ze wszystkich porównywanych ofert, a jej oferta została odrzucona tylko dlatego, że jej walory techniczne zostały uznane za relatywnie gorsze od walorów oferty wybranego oferenta, należy stwierdzić, iż takie uzasadnienie stanowi wprawdzie częściowe wyjaśnienie, nie można jednak uznać go za wystarczające w świetle wymogu, że uzasadnienie powinno przedstawiać w sposób jasny i jednoznaczny rozumowanie instytucji, która wydała akt (zob. podobnie ww. w pkt 109, powyżej wyrok w sprawie VIP Car Solutions przeciwko Parlamentowi, pkt 75, 76). Pismo z dnia 1 sierpnia 2008 r. nie zawiera bowiem informacji o powodach, które – według EBI – uzasadniały oceny za kryteria techniczne przyznane odpowiednio ofercie skarżącej i ofercie wybranego oferenta. Ponadto

ocen zawartych w tym piśmie nie uzupełniono ogólnymi komentarzami przedstawiającymi konkretne powody, które skłoniły EBI do przyznania większej liczby punktów ofercie wybranego oferenta niż ofercie skarżącej w każdym kryterium technicznym, co pozwoliłoby uznać uzasadnienie zaskarżonej decyzji za wystarczające (zob. podobnie ww. w pkt 84, powyżej wyrok z dnia 10 września 2008 r. w sprawie Evropaïki Dynamiki przeciwko Komisji, pkt 129; wyrok Sądu z dnia 9 września 2009 r. w sprawie T-437/05 Brink's Security Luxembourg przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-3233, pkt 169).

115 W toku postępowania sądowego EBI istotnie wyjaśnił powody, które skłoniły go do wydania zaskarżonej decyzji, a w szczególności okoliczność, iż w przypadku kryterium technicznego nazwanego „Poziom adekwatności umiejętności i kwalifikacji pracowników proponowanych do realizacji zamówienia" oraz kryterium technicznego pod nazwą „Zdolność zapewnienia zespołu pracowników z własnych zasobów kadrowych", „głównym problemem jest doświadczenie (czy raczej brak doświadczenia) konsultantów [s]karżącej w sektorze bankowo-finansowym", a w przypadku kryterium technicznego „Proces zarządzania jakością" oferta wybranego oferenta „była bardziej konkretna" od oferty skarżącej, która „obejmowała wprawdzie wszystkie wymagane aspekty, lecz […] była opisana w sposób dość ogólnikowy i skomplikowany". Nie może to jednak zrekompensować braków w pierwotnym uzasadnieniu zaskarżonej decyzji. EBI nie przedstawił bowiem żadnej nadzwyczajnej okoliczności, która uzasadniałaby nieprzekazanie odpowiedniego uzasadnienia skarżącej w terminie 15 dni od otrzymania jej wniosku, a w każdym razie przed wniesieniem jej skargi.

116 Z powyższego wynika, iż zaskarżona decyzja zawiera niewystarczające uzasadnienie i w związku z tym narusza przepisy pkt 2.5.2 przewodnika, a bardziej ogólnie obowiązek uzasadnienia, o którym mowa w art. 253 WE.

117 W trzeciej kolejności należy zbadać zarzuty skarżącej oparte na naruszeniu prawa do skutecznego środka prawnego oraz naruszeniu zasad: równego traktowania, przejrzystości i dobrej administracji.

118 Jeśli chodzi przede wszystkim o zarzucane EBI naruszenie zasady prawa do skutecznego środka prawnego, należy przypomnieć, iż dostęp do sądu jest jednym z zasadniczych elementów wspólnoty prawa i że jest on zagwarantowany w porządku prawnym, którego podstawę stanowi traktat WE, ponieważ ustanowiono w nim kompletny system środków prawnych i procedur w celu powierzenia Trybunałowi kontroli legalności aktów wydawanych przez administrację wspólnotową (ww. w pkt 30 wyrok w sprawie Les Verts przeciwko Parlamentowi, pkt 23). Ponadto Trybunał opiera się na tradycjach konstytucyjnych wspólnych dla państw członkowskich oraz na art. 6 i 13 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r., i z tej podstawy wywodzi prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem właściwym (wyroki Trybunału: z dnia 15 maja 1986 r. w sprawie 222/84 Johnston, Rec. s. 1651, pkt 18; z dnia 9 lutego 2006 r. w sprawach połączonych od C-23/04 do C-25/04 Sfakianakis, Zb.Orz. s. I-1265, pkt 28; ww. w pkt 46 wyrok w sprawach połączonych Philip Morris International przeciwko Komisji, pkt 121). Wreszcie prawo do skutecznego środka prawnego dla każdego, czyje prawa i wolności zagwarantowane przez prawo Unii zostały naruszone, zostało dodatkowo potwierdzone w art. 47 karty.

119 Ponadto w postępowaniach przetargowych należy chronić oferentów przed arbitralnością instytucji zamawiającej, gwarantując im, że wydane przez nią bezprawne decyzje mogą być skutecznie zaskarżone, i to tak szybko, jak tylko możliwe (zob. podobnie i analogicznie wyrok Trybunału z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-455/08 Komisja przeciwko Irlandii, niepublikowany w Zbiorze, pkt 26).

120 Pełna ochrona prawna oferentów przed arbitralnością instytucji zamawiającej oznacza więc przede wszystkim obowiązek informowania wszystkich oferentów o decyzji o udzieleniu zamówienia przed zawarciem umowy, aby mieli oni realną możliwość wniesienia skargi w celu stwierdzenia nieważności takiej decyzji, jeżeli zostały spełnione wymagane do tego przesłanki.

121 Taka pełna ochrona prawna wymaga następnie zapewnienia odrzuconemu oferentowi możliwości zbadania w odpowiednim czasie kwestii ważności decyzji o udzieleniu zamówienia, co z kolei oznacza, iż rozsądny okres czasu musi upłynąć między

momentem przekazania odrzuconym oferentom decyzji o udzieleniu zamówienia a podpisaniem umowy, aby umożliwić im w szczególności złożenie wniosku o zastosowanie środka tymczasowego na podstawie przepisów art. 242 WE i 243 WE w związku z art. 225 ust. 1 WE, zawierającego żądanie, żeby sąd orzekający w przedmiocie środka tymczasowego nakazał zawieszenie wykonania zaskarżonej decyzji do czasu rozstrzygnięcia przez sąd rozpoznający sprawę co do istoty skargi głównej o stwierdzenie nieważności tej decyzji (zob. podobnie i analogicznie wyrok Trybunału z dnia 24 czerwca 2004 r. w sprawie C-212/02 Komisja przeciwko Austrii, niepublikowany w Zbiorze, pkt 21, 23 i przytoczone tam orzecznictwo; ww. w pkt 119 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Irlandii, pkt 27, 28 i przytoczone tam orzecznictwo). Prawo do pełnej i skutecznej ochrony sądowej wymaga bowiem zapewnienia ochrony tymczasowej jednostek, jeśli jest ona konieczna do zagwarantowania pełnej skuteczności przyszłego orzeczenia rozstrzygającego sprawę główną, żeby uniknąć luki w ochronie prawnej zapewnianej przez sądy właściwe (zob. postanowienia Prezesa Trybunału: z dnia 3 maja 1996 r. w sprawie C-399/95 R Niemcy przeciwko Komisji, Rec. s. I-2441, pkt 46 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 23 lutego 2001 r. w sprawie C-445/00 R Austria przeciwko Radzie, Rec. s. I-1461, pkt 111 i przytoczone tam orzecznictwo).

122 Wreszcie dla spełnienia wymogu skutecznej ochrony sądowej instytucja zamawiająca musi wykonać ciążący na niej obowiązek uzasadnienia (zob. pkt 108 powyżej), przedstawiając odpowiednie uzasadnienie każdemu odrzuconemu oferentowi, który o to wnioskował, aby mógł on skorzystać z tego prawa w możliwie najlepszych warunkach i miał zapewnioną możliwość podjęcia decyzji, z pełną znajomością sytuacji, czy powinien wnieść sprawę do sądu właściwego. Uzasadnienie zaskarżonej decyzji stanowi bowiem istotny wymóg formalny, który ma na celu w szczególności zagwarantowanie osobie, dla której akt jest niekorzystny, prawa do skutecznego środka prawnego (zob. podobnie wyroki Trybunału: z dnia 28 października 1975 r. w sprawie 36/75 Rutili, Rec. s. 1219, pkt 37–39; z dnia 15 października 1987 r. w sprawie 222/86 Heylens i in., Rec. s. 4097, pkt 15, 16).

123 W niniejszej sprawie postępowanie przetargowe nie spełniło tych wymogów. Po pierwsze bowiem zaskarżona decyzja nie została doręczona skarżącej, która powzięła o niej wiadomość dopiero po tym, jak decyzja w zasadzie wywarła już wszystkie skutki, wraz z podpisaniem i wejściem w życie umowy ramowej. Wprawdzie EBI utrzymywał na rozprawie, że skarżąca mogła jeszcze złożyć wniosek o zawieszenie wykonania

zaskarżonej decyzji po podpisaniu umowy ramowej, jednak nie umiał odpowiedzieć na argumenty skarżącej, również obecnej na rozprawie, że taki wniosek nie mógł już wywołać żadnego praktycznego skutku po tym, jak umowa ramowa została podpisana i rozpoczęto jej realizację. Ponadto należy wziąć pod uwagę to, co sam EBI przyznał, iż wykonanie zaskarżonej decyzji poprzez podpisanie, a następnie wykonanie umowy ramowej wykluczało, aby bank mógł zapewnić wszelkie skutki wynikające z ewentualnego stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji, w szczególności przez wszczęcie kolejnego postępowania przetargowego (zob. pkt 60 powyżej). Zatem w niniejszej sprawie możliwość złożenia przez skarżącą takiego wniosku o zawieszenie wykonania, zanim nastąpiło podpisanie i wejście w życie umowy ramowej, była konieczna do zapewnienia skuteczności jej skargi w postępowaniu głównym, wniesionej w celu zbadania bezstronności procedury przetargowej oraz zachowania jej szans na zawarcie umowy z EBI po zakończeniu tej procedury. Po drugie, jak już zostało ustalone (zob. pkt 116 powyżej), EBI nie przekazał skarżącej wystarczającego uzasadnienia zaskarżonej decyzji przed wniesieniem przez nią skargi w postępowaniu głównym, której celem jest w szczególności stwierdzenie nieważności tej decyzji.

124 Wynika stąd, iż w niniejszej sprawie EBI naruszył prawo skarżącej do skutecznego środka prawnego.

125 Jeśli chodzi następnie o zarzucane EBI naruszenie zasady równego traktowania i zasady przejrzystości, z utrwalonego orzecznictwa w zakresie procedur przetargowych wynika, iż instytucja zamawiająca jest zobowiązana do przestrzegania zasady równego traktowania oferentów, która stanowi wyłącznie szczególny wyraz zasady równego traktowania (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. s. I-8585, pkt 46, 48 i przytoczone tam orzecznictwo). Według utrwalonego orzecznictwa instytucja zamawiająca jest zobowiązana do przestrzegania zasady równego traktowania oferentów na każdym etapie postępowania przetargowego (ww. w pkt 89 wyrok w sprawie Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta, pkt 108; wyrok Sądu z dnia 17 grudnia 1998 r. w sprawie T-203/96 Embassy

Limousines & Services przeciwko Parlamentowi, Rec. s. II-4239, pkt 85), a w konsekwencji do zapewnienia równych szans wszystkim oferentom (ww. w pkt 107 wyrok Sądu z dnia 12 lipca 2007 r. w sprawie Evropaïki Dynamiki przeciwko Komisji, pkt 45). Zgodnie z orzecznictwem zasady równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową pociągają za sobą ponadto obowiązek przejrzystości, który polega na zagwarantowaniu wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu jawności, umożliwiającego otwarcie zamówienia publicznego na konkurencję oraz kontrolę bezstronności procedur przetargowych (wyrok Trybunału z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. s. I-10745, pkt 62; ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 49).

126 W tym wypadku nikt nie zaprzecza, iż EBI bezzwłocznie przekazał zaskarżoną decyzję pozostałym odrzuconym oferentom, i to na długo przed podpisaniem umowy ramowej, zapewniając im w ten sposób możliwość – której bezprawnie pozbawił skarżącą (zob. pkt 123 powyżej) – złożenia do sędziego orzekającego w przedmiocie środków tymczasowych wniosku o zawieszenie wykonania zaskarżonej decyzji do czasu podpisania umowy ramowej w celu zapewnienia skuteczności skargi głównej dotyczącej kontroli bezstronności procedury przetargowej.

127 Wynika stąd, iż w niniejszej sprawie EBI naruszył zasadę równego traktowania i zasadę przejrzystości, naruszając prawo skarżącej do skutecznego środka prawnego przeciwko zaskarżonej decyzji, podczas gdy pozostali odrzuceni oferenci korzystali z tego prawa.

128 Jeśli chodzi wreszcie o zarzucane EBI naruszenie zasady dobrej administracji, z orzecznictwa wynika, iż zasada ta może stanowić normę prawną przyznającą prawa jednostkom, jeżeli jest wyrazem szczególnych uprawnień (wyrok Sądu z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie T-128/05 SPM przeciwko Radzie i Komisji, niepublikowany w Zbiorze, pkt 127).

129 W związku z tym, że z powyższych wywodów wynika, iż EBI naruszył podlegające ochronie prawa skarżącej, nie przekazując jej zaskarżonej decyzji w możliwie jak najkrótszym terminie i nie przekazując jej, w terminie 15 dni od otrzymania jej wniosku ani przed wniesieniem przez nią skargi, odpowiedniego uzasadnienia tej decyzji, Bank naruszył również zasadę dobrej administracji, naruszając prawo skarżącej do skutecznego środka prawnego przeciwko zaskarżonej decyzji.

130 Według orzecznictwa Trybunału za istotne mogą być uważane wymogi proceduralne ustanowione w celu zapewnienia w związku z określonymi środkami wszelkich gwarancji zachowania należytej staranności i ostrożności (wyrok Trybunału z dnia 21 marca 1955 r. w sprawie 6/54 Niderlandy przeciwko Wysokiej Władzy, Rec. s. 201, 220). W ramach udzielania zamówienia publicznego prawo odrzuconego oferenta do skutecznej skargi na decyzję, na podstawie której zamówienie publiczne zostaje udzielone innemu oferentowi, podobnie jak związany z nim ciążący na instytucji zamawiającej obowiązek przekazania na wniosek odrzuconego oferenta uzasadnienia jej decyzji, powinny być uważane za istotne wymogi proceduralne w rozumieniu powołanego powyżej orzecznictwa, ponieważ przy przygotowywaniu decyzji o udzieleniu zamówienia zapewniają one gwarancje umożliwiające przeprowadzenie kontroli bezstronności postępowania przetargowego, które doprowadziło do wydania tej decyzji.

131 Zgodnie z orzecznictwem dotyczącym naruszenia istotnych wymogów proceduralnych należy stwierdzić, iż niedopełnienie przez EBI istotnych wymogów proceduralnych związanych z zaskarżoną decyzją musi pociągać za sobą stwierdzenie jej nieważności (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 30 marca 1995 r. w sprawie C-65/93 Parlament przeciwko Radzie, Rec. s. I-643, pkt 21).

132 W świetle powyższych ustaleń należy uwzględnić pierwszy i drugi zarzut skargi.

W przedmiocie zarzutów trzeciego i czwartego

— Argumenty stron

133 W zarzucie trzecim skarżąca utrzymuje, że stosując kryterium udzielenia zamówienia pod nazwą „Zdolność zapewnienia zespołu pracowników z własnych zasobów kadrowych", EBI naruszył zasadę proporcjonalności i uchybił obowiązkowi doboru kryteriów udzielenia zamówienia pozwalających na obiektywną ocenę porównawczą ofert. Wskazane kryterium udzielenia zamówienia uniemożliwia jej zdaniem oferentom korzystanie z przysługującego im prawa do zlecania prac podwykonawcom. Ponadto to kryterium zostało sformułowane w sposób zbyt nieprecyzyjny, by umożliwić oferentom poznanie optymalnej zdolności, jaką powinni zaproponować, żeby uzyskać maksymalną ocenę. Pytanie zawarte w wykazie „Pytania i odpowiedzi", dotyczące maksymalnego poziomu „zdolności do zapewnienia zespołu pracowników" oraz odpowiedź EBI na to pytanie, zgodnie z którą Bank „nie określił optymalnej liczby", dowodzą, iż oferenci nie mogli wiedzieć i nie wiedzieli, co powinni lub co mogli zrobić, żeby przedstawić najlepszą ofertę w świetle tego kryterium i że „optymalna liczba" była ustalona przez komisję przetargową na etapie oceny porównawczej ofert. Taki sposób postępowania spowodował w efekcie zakłócenie konkurencji pomiędzy oferentami na korzyść wybranego oferenta, tj. działającego już wykonawcy, który posiadał specjalistyczne narzędzia informatyczne używane przez EBI, albo oferentów, którzy zatrudniali wystarczająco dużo osób, by nie korzystać z usług specjalistów z zewnątrz, których się zatrudnia w przypadku uzyskania zamówienia. Wbrew temu, co utrzymuje EBI, specjalistyczne narzędzia informatyczne posiadane przez wybranego oferenta nie są szczególnie popularne, ponieważ ich udział w rynku wynosi zaledwie 3% i raczej są już wypierane z rynku. Ponadto skarżąca twierdzi, że dysponowała wieloma specjalistami odpowiadającymi potrzebom EBI – jak zresztą sam Bank to przyznał i co potwierdza tabela zamieszczona w replice. Skarżąca wzywa również EBI do ujawnienia anonimowo życiorysów pracowników przekazanych przez wybranego

oferenta, żeby można było porównać ich kwalifikacje z kwalifikacjami jej własnych specjalistów.

134 EBI wnosi o oddalenie zarzutu trzeciego. W punktach 6.4 i 6.5 specyfikacji warunków zamówienia jest jasno powiedziane, że dopuszcza się podwykonawstwo i tworzenie grup przez oferentów, co obejmuje korzystanie z usług niezależnych specjalistów. Zostało to dodatkowo potwierdzone w wykazie „Pytania i odpowiedzi", gdzie sprecyzowano, iż do celów postępowania przetargowego pracowników podwykonawców traktuje się jako własne zasoby kadrowe danego oferenta. Jedynym warunkiem, jaki stawiał pkt 1.3 specyfikacji warunków zamówienia, było to, że oferenci muszą potwierdzić wolę zatrudnienia ekipy o odpowiednich kwalifikacjach. Ponadto nie tylko wybrany oferent był w stanie spełnić kryterium techniczne pod nazwą „Zdolność zapewnienia zespołu pracowników z własnych zasobów kadrowych", korzystając z „własnego personelu", gdyż nie dysponował on wszystkimi narzędziami informatycznymi używanymi w ramach odnośnej aplikacji informatycznej. Język, w którym została stworzona ta aplikacja, a mianowicie Java, a także narzędzia opracowane przez wybranego oferenta, w tym program „Sybase server suite" oraz system bazy danych, są znane na rynku i wiele osób ma kwalifikacje w tym zakresie. Świadczą o tym curriculum vitae przekazane przez skarżącą, w szczególności jeden życiorys, w którym jest mowa o doświadczeniu w zakresie całego programu „Sybase server suite", a także bardzo dobrej znajomości języka Java. Ponadto skarżąca sama sobie zaprzecza w swoich argumentach lub dokumentach, które przekazała.

135 W zarzucie czwartym skarżąca twierdzi, iż stosując kryterium udzielenia zamówienia nazwane „Zdolność zapewnienia zespołu pracowników z własnych zasobów kadrowych", EBI naruszył zasadę równego traktowania oraz uchybił obowiązkowi stosowania do celów oceny porównawczej ofert na etapie udzielenia zamówienia wyłącznie kryteriów, które nie wchodzą w zakres fazy wyboru oferentów. Wskazane kryterium, jak EBI przyznał w pkt 89 odpowiedzi na skargę, miało na celu wyłącznie zweryfikowanie „możliwości oferentów pod względem kadrowym" poprzez przeanalizowanie

życiorysów pracowników i już wcześniej zostało świadomie użyte w fazie wyboru oferentów. Nie mogło więc być stosowane podczas fazy oceny porównawczej ofert i udzielania zamówienia, zgodnie z zasadą, że procedura wyboru oferentów i procedura udzielania zamówienia powinny być wyraźnie oddzielone. W dodatku EBI naruszył zasadę równego traktowania, ponieważ poprzez dwukrotne zastosowanie tego kryterium faworyzował wybranego oferenta, który był w najlepszej sytuacji, żeby móc „zapewnić zespół pracowników", w związku z tym, że był również działającym już wykonawcą posiadającym specjalistyczne narzędzia informatyczne używane przez EBI i miał potencjalnie do swojej dyspozycji najwięcej specjalistów.

136 EBI wnosi o oddalenie zarzutu czwartego. Przypomina, że przy doborze kryteriów udzielenia zamówienia dysponuje szerokimi uprawnieniami dyskrecjonalnymi. Kryteria wyboru oferentów, zgodnie z którymi oferenci powinni dysponować kadrą co najmniej 15 pracowników zatrudnionych od co najmniej 2 lat w ich dziale informatycznym, a także trzema referencjami możliwymi do zweryfikowania, nie powinny być mylone z kryterium udzielenia zamówienia pod nazwą „Zdolność zapewnienia zespołu pracowników z własnych zasobów kadrowych", ponieważ te kryteria odpowiadają różnym punktom specyfikacji warunków zamówienia. Kryterium wymienione w pkt 6.2.2 specyfikacji warunków zamówienia, zgodnie z pkt 2.5.1.1 przewodnika, jako kryterium wyboru oferentów miało służyć sprawdzeniu, czy oferenci spełniają wymogi minimalne w zakresie zatrudnienia i zdolności służb informatycznych, natomiast kryterium wymienione w pkt 7.1.1 specyfikacji warunków zamówienia, zgodnie z pkt 2.5.1.2 przewodnika, jako kryterium udzielenia zamówienia miało służyć ocenie kompetencji i odpowiedniego doświadczenia pracowników proponowanych przez oferentów na podstawie ich życiorysów oraz przekazanych wykazów dotyczących kompetencji, a także możliwości spełnienia przez oferentów szczególnych potrzeb związanych z zamówieniem publicznym. EBI utrzymuje także, iż skarżąca działa w złej wierze twierdząc, że Bank przyznał, że jego działania były sprzeczne z prawem obowiązującym w zakresie procedur przetargowych.

— Ocena Sądu

137 Podobnie jak w przypadku decyzji o udzieleniu zamówienia w trybie przetargu, kiedy to EBI dysponuje szerokimi uprawnieniami dyskrecjonalnymi w zakresie czynników, które należy w tym celu uwzględnić, dysponuje on również szerokimi uprawnieniami dyskrecjonalnymi do decydowania zarówno o treści, jak i o stosowaniu reguł obowiązujących w zakresie udzielania zamówień na swoją rzecz w trybie przetargu (zob. podobnie i analogicznie wyrok Sądu z dnia 14 lutego 2006 r. w sprawach połączonych T-376/05 i T-383/05 TEA-CEGOS i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-205, pkt 50, 51). Prawo przysługujące EBI do swobodnego doboru kryteriów udzielenia zamówienia, na podstawie których zamierza udzielać zamówień na swoją rzecz, pozwala mu na uwzględnienie charakteru, przedmiotu oraz specyfiki każdego zamówienia.

138 Należy jednak uwzględnić przepisy przewodnika. Punkt 2.5 tego dokumentu zawiera przepisy regulujące „[p]rzebieg postępowania". W szczególności pkt 2.5.1 dotyczy „weryfikacji predyspozycji i wyboru uczestników", a także „udzielania zamówień". Z tego ostatniego punktu wynika w szczególności, że „[EBI] udziela zamówień na podstawie kryteriów wyboru oraz kryteriów udzielenia zamówienia wymienionych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, po sprawdzeniu możliwości dopuszczenia podmiotów gospodarczych do udziału w postępowaniu".

139 Zgodnie z pkt 2.5.1.1, dotyczącym „kryteriów wyboru", „celem tych kryteriów jest ustalenie, czy sytuacja ekonomiczna i finansowa danego podmiot jest odpowiednia i czy posiada on kwalifikacje techniczne i zawodowe konieczne do wykonania zamówienia". Ponadto przewidziano, że „[EBI] ustala te kryteria zgodnie z art. 47 i 48 dyrektywy [2004/18], uwzględniając w razie potrzeby przepisy art. 49 i 50". Dalej dodano, że „[EBI] może ustalać poziomy minimalne, poniżej których oferenci lub kandydaci będą wykluczani z postępowania" oraz że „te progi są określane w ogłoszeniu o zamówieniu".

140 Punkt 2.5.1.2 przewodnika, dotyczący „kryteriów udzielenia zamówienia", przewiduje w szczególności, co następuje:

„Celem kryteriów [udzielenia zamówienia] jest umożliwienie przeprowadzenia selekcji wśród oferentów, którzy nie zostali wykluczeniu [w wyniku procedury wyboru], ponieważ spełniali kryteria wyboru wymienione w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia.

Kryteriami, na podstawie których [EBI] udziela zamówienia, są:

a) […] w przypadku gdy udzielenie zamówienia odbywa się na zasadzie wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie (najlepszy bilans jakości i ceny) z punktu widzenia [EBI] – różnego rodzaju kryteria związane z przedmiotem danego zamówienia, przykładowo: jakość, cena, walory techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, koszty eksploatacji, rentowność, serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, termin dostawy lub czas oczekiwania na dostawę, lub termin realizacji;

[…]

W przypadku, o którym mowa powyżej w lit. a), [EBI] określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia albo w przypadku dialogu konkurencyjnego – w dokumencie opisowym względną wagę przypisaną każdemu z kryteriów wybranych w celu ustalenia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie […]".

141 Przepisy przewodnika, o których mowa powyżej w pkt 140, mają zagwarantować, że korzystanie z przysługującego EBI prawa wyboru kryteriów udzielenia zamówienia będzie się odbywało z poszanowaniem zasady równego traktowania i zasady przejrzystości na etapie oceny ofert przeprowadzanej w celu udzielenia zamówienia (zob. podobnie i analogicznie wyroki Trybunału: z dnia 20 września 1988 r. w sprawie 31/87 Beentjes, Rec. s. 4635, pkt 21, 22; z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 Universale-Bau i in., Rec. s. I-11617, pkt 90–92). Celem tych przepisów jest bowiem umożliwienie wszystkim oferentom, poinformowanym w rozsądnym stopniu i zachowującym zwykłą staranność, dokonania interpretacji kryteriów udzielenia zamówienia w ten sam sposób, a w konsekwencji dysponowania takimi samymi szansami przy formułowaniu warunków swej oferty (zob. analogicznie wyrok Trybunału z dnia 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00 SIAC Construction, Rec. s. I-7725, pkt 42).

142 Ponadto przepisy te mają na celu zapewnienie przestrzegania zasady proporcjonalności, która wymaga, by akty instytucji nie wykraczały poza to, co odpowiednie i konieczne do osiągnięcia zamierzonych celów, przy czym jeżeli istnieje możliwość wyboru spośród wielu właściwych środków, należy stosować najmniej restrykcyjne, a wynikające z tego niedogodności nie mogą być nadmierne w stosunku do zamierzonych celów (ww. w pkt 62 wyrok w sprawie Antwerpse Bouwwerken przeciwko Komisji, pkt 57). Wprawdzie kryteria, jakie instytucja zamawiająca może stosować, jeśli udzielenie zamówienia odbywa się na zasadzie wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, rzeczywiście nie są w sposób wyczerpujący wymienione w pkt 2.5.1.2 przewodnika, a punkt ten umożliwia instytucji zamawiającej wybór kryteriów udzielenia zamówienia publicznego, jakie uważa za najbardziej odpowiednie, jednak wybór ten musi się ograniczać do kryteriów zmierzających do wyłonienia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie (zob. podobnie i analogicznie wyrok Trybunału z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06 Lianakis i in., Zb.Orz. s. I-251, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo; ww. w pkt 109 wyroki: w sprawie Renco przeciwko Radzie, pkt 66; w sprawie Strabag Benelux przeciwko Radzie, pkt 73, 74). Zatem wykluczone są jako kryteria udzielenia zamówienia takie kryteria, które nie mają na celu wyłonienia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, lecz są związane głównie z oceną możliwości wykonania przez oferentów danego zamówienia (zob. podobnie i analogicznie ww. w pkt 141 wyrok Trybunału w sprawie Beentjes, pkt 15–19; wyrok Trybunału z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-315/01 GAT, Rec. s. I-6379, pkt 59–67; ww. wyrok w sprawie Lianakis i in., pkt 30–32). Jakość ofert powinna być oceniana na podstawie samych ofert, nie zaś na podstawie doświadczenia nabytego przez oferentów w ramach współpracy z instytucją zamawiającą przy okazji poprzednich umów albo na

podstawie kryteriów takich jak zdolność oferentów do wykonania zamówienia, które należą do fazy wyboru oferentów i których nie można brać pod uwagę przy ocenie porównawczej ofert (ww. w pkt 141 wyrok w sprawie Beentjes, pkt 15; ww. w pkt 100 wyrok w sprawie TQ3 Travel Solutions Belgium przeciwko Komisji, pkt 86).

143 W zarzutach trzecim i czwartym skarżąca utrzymuje w istocie, iż kryterium udzielenia zamówienia pod nazwą „Zdolność zapewnienia zespołu pracowników z własnych zasobów kadrowych" jest niejasne, dyskryminujące i nieproporcjonalne w stosunku do celu, któremu miało służyć, a którym jest wyłonienie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, tak że wybór takiego kryterium udzielenia zamówienia był niezgodny z obowiązkami, jakie dla EBI wynikają z ogólnych zasad prawa, które mają zastosowanie do procedur przetargowych wdrożonych w pkt 2.5.1.2 przewodnika.

144 Należy w tym względzie podkreślić, iż kryterium udzielenia zamówienia zatytułowane „Zdolność zapewnienia zespołu pracowników z własnych zasobów kadrowych" było wymienione w pkt 7.1.1 specyfikacji warunków zamówienia dotyczącym „kryteriów technicznych", który stanowił ponadto, że „zdolność oferenta do zapewnienia zespołu dysponującego wymaganymi kompetencjami będzie oceniana na podstawie informacji przedstawionych w wykazie profili zawodowych pracowników oraz w życiorysach". Z wykazu „Pytania i odpowiedzi" wynika, że na podstawie tego kryterium technicznego „[EBI] chciał mieć pewność, że [wykonawca zamówienia] ma nie tylko personel kompetentny, doświadczony i dostatecznie liczny, aby stworzyć główny zespół, lecz że ma także do dyspozycji rezerwę kadrową odpowiednią pod względem kompetencji i doświadczenia w celu zaspokojenia dodatkowych potrzeb". W tym względzie EBI wskazał, że to „wykaz profili zawodowych pracowników miał dostarczyć informacji na temat poziomu i zakresu kompetencji oraz doświadczenia, jakimi dysponuje oferent, a które [EBI] mógłby w razie potrzeby wykorzystać". Jest to zgodne z treścią pkt 4.2 specyfikacji warunków zamówienia, zgodnie z którym oferenci powinni opisać pracowników proponowanych do realizacji zamówienia w wykazie profili zawodowych w formie tabeli, która znajduje się w załączniku do specyfikacji warunków zamówienia, a ich propozycje w tym zakresie będą oceniane na podstawie doświadczenia oraz liczby pracowników dysponujących odpowiednimi kwalifikacjami. Ponadto EBI zaznaczył, iż „przeanalizuje wykaz profili zawodowych pracowników

[…], aby ocenić, czy oferent dysponuje personelem o odpowiednich kwalifikacjach w dostatecznej liczbie oraz z doświadczeniem wystarczającym, aby reagować na potrzeby [Banku]" i że „ta ocena będzie się odnosić do dwóch kryteriów technicznych […]: poziom adekwatności umiejętności i kwalifikacji pracowników proponowanych do realizacji zamówienia oraz zdolność zapewnienia zespołu pracowników z własnych zasobów kadrowych". Poza tym EBI wskazał również, iż nie „określił optymalnej liczby" jeśli chodzi o liczebność zespołów, jakie należy zapewnić, a w szczególności zespołu utworzonego z własnych zasobów kadrowych, który ma być zapewniony w celu reagowania na dodatkowe potrzeby instytucji zamawiającej. Na koniec EBI uściślił, że „wyrażenie »własne zasoby kadrowe« oznacza pracowników aktualnie zatrudnionych przez oferenta […] lub zgłoszonych przez niego podwykonawców".

145 Przede wszystkim należy stwierdzić, że skarżąca nie ma podstaw, żeby utrzymywać, iż kryterium udzielenia zamówienia pod nazwą „Zdolność zapewnienia zespołu pracowników z własnych zasobów kadrowych" było dyskryminujące przez to, że uniemożliwiało jej korzystanie z usług podwykonawców w celu reagowania na wszystkie potrzeby wyrażone przez EBI. Ze specyfikacji warunków zamówienia oraz z listy „Pytania i odpowiedzi" wynika bowiem, iż korzystanie z usług podwykonawców było dozwolone pod warunkiem, że w ofercie byli oni wyraźnie wskazani jako podwykonawcy, a oferenci zostali odpowiednio poinformowani o tym, że wyraźnie wskazani podwykonawcy będą brani pod uwagę do celów stosowania wskazanego kryterium udzielenia zamówienia.

146 Następnie skarżąca nie ma podstaw, aby utrzymywać, że kryterium udzielenia zamówienia pod nazwą „Zdolność zapewnienia zespołu pracowników z własnych zasobów kadrowych" zostało użyte w fazie wyboru oferentów. Ze specyfikacji warunków zamówienia wynika bowiem, iż w związku z kryteriami wyboru, o których mowa w pkt 6.2.2 specyfikacji warunków zamówienia, oferenci musieli przedstawić tylko „3 możliwe do zweryfikowania referencje dotyczące zleceń realizowanych w ciągu 2 ostatnich lat w dziedzinach objętych niniejszym przetargiem" oraz „podpisane oświadczenie, że co najmniej 15 osób zajmujących się technologią informacyjną (nie pomocniczych pracowników administracyjnych) pracuje dla oferenta od co naj-

mniej 2 lat". To ostatnie kryterium wyboru, które dotyczy minimalnej liczby osób dysponujących z założenia doświadczeniem i kwalifikacjami w dziedzinie objętej zamówieniem, różni się od spornego kryterium udzielenia zamówienia dotyczącego zdolności oferenta do zmobilizowania personelu doświadczonego, wykwalifikowanego i odpowiednio liczebnego, aby reagować na dodatkowe potrzeby instytucji zamawiającej.

147 Co się tyczy samego wyboru kryterium udzielenia zamówienia nazwanego „Zdolność zapewnienia zespołu pracowników z własnych zasobów kadrowych", należy na koniec zaznaczyć, iż ani pkt 2.5.1.2 przewodnika, ani ogólne zasady prawa nie mogą być interpretowane w ten sposób, że każde z kryteriów udzielenia zamówienia przyjętych przez EBI w celu wyłonienia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie musi koniecznie mieć charakter ilościowy lub być ukierunkowane wyłącznie na cenę (zob. analogicznie ww. w pkt 109 wyrok w sprawie Renco przeciwko Radzie, pkt 67, 68). W istocie różne czynniki, które nie mają charakteru czysto ilościowego, takie jak jakość zatrudnianego personelu lub bardziej ogólnie walory techniczne oferty, mogą wpływać na jakość wykonania zamówienia na usługi, a w konsekwencji na wartość ekonomiczną oferty złożonej przez oferenta ubiegającego się o takie zamówienie (zob. podobnie w ww. w pkt 141 wyrok w sprawie Beentjes, pkt 18; wyrok Trybunału z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-27/98 Fracasso i Leitschutz, Rec. s. I-5697, pkt 30).

148 Natomiast z dokumentów przetargowych, o których mowa w pkt 144 powyżej, wynika, iż kryterium udzielenia zamówienia zatytułowane „Zdolność zapewnienia zespołu pracowników z własnych zasobów kadrowych" dotyczy w szczególności kwestii, czy personel zatrudniony przez oferenta oraz przez wskazanych przez niego podwykonawców, opisany w wykazie profili zawodowych pracowników, może odpowiadać – pod względem doświadczenia, kwalifikacji i liczebności – dodatkowym potrzebom wyrażonym przez instytucję zamawiającą. Zatem mamy tu do czynienia z kryterium, które odnosi się przynajmniej częściowo do możliwości wykonania przez oferentów zamówienia w całości, w tym także świadczenia usług dodatkowych. W tym zakresie takie kryterium nie stanowi „kryterium udzielenia zamówienia" w rozumieniu pkt 2.5.1.2 przewodnika, który dotyczy wyłącznie jakości usług dodatkowych, jakie mogą być świadczone przez każdego oferenta przy pomocy jego własnych zasobów kadrowych i w związku z tym względnej przewagi ekonomicznej każdej z ofert w zakresie tego rodzaju usług (zob. podobnie i analogicznie ww. w pkt 142 wyrok

w sprawie Lianakis i in., pkt 31; wyroki Sądu: z dnia 1 lipca 2008 r. w sprawie T-211/07 AWWW/FEACVT, niepublikowany w Zbiorze, pkt 60; z dnia 10 września 2008 r. w sprawie T-465/04 Evropaïki Dynamiki przeciwko Komisji, niepublikowany w Zbiorze, pkt 65).

149 Ponadto kryterium udzielenia zamówienia nazwane „Zdolność zapewnienia zespołu pracowników z własnych zasobów kadrowych" powinno w szczególności umożliwiać ocenę, czy oferent dysponuje personelem z wymaganymi kompetencjami i doświadczeniem oraz „wystarczająco licznym", aby reagować na zapotrzebowanie ze strony EBI na dodatkowe usługi, jednakże zostało sformułowane w sposób niejasny i nieprecyzyjny, ponieważ – jak wynika w szczególności z pkt 4.2 specyfikacji warunków zamówienia – żadna „optymalna liczba" nie została ustalona z góry w odniesieniu do tego personelu, a EBI nie podał w tym względzie oferentom dokładnych wskazówek ilościowych. Co prawda pkt 1.2 specyfikacji warunków zamówienia, dotyczący „opisu dziedziny" objętej zamówieniem, zawierał informację, że 10 osób spoza personelu EBI było zatrudnionych do pracy przy projektach związanych z omawianą aplikacją informatyczną i że około 10 projektów było wówczas w toku realizacji, a ponadto wskazywał on, że w następnych latach ma zostać ograniczony w szczególności zakres działalności projektowej, tak że potencjalni oferenci powinni uważać liczby podane w specyfikacji za maksymalne, jednakże dodano zaraz, iż nie jest wykluczone, że nowe upoważnienia do udzielania kredytów i pożyczek lub operacje specjalne zatwierdzone przez EBI mogą spowodować kolejne nasilenie działalności w zakresie projektów.

150 Tymczasem wybrany oferent był równocześnie działającym już wykonawcą usług, który zajmował się rozbudową, konserwacją, utrzymaniem oraz pracami projektowymi związanymi z omawianą aplikacją informatyczną, dlatego był również w najlepszej sytuacji, aby dzięki swojemu doświadczeniu móc ocenić, jakie mogą być rzeczywiste potrzeby EBI pod względem zdolności zapewnienia zespołu pracowników z własnych zasobów kadrowych w celu reagowania na zapotrzebowanie na dodatkowe usługi, jakie może zgłaszać EBI w ramach realizacji zamówienia. Wynika stąd, iż niejasność

kryterium udzielenia zamówienia pod nazwą „Zdolność zapewnienia zespołu pracowników z własnych zasobów kadrowych" mogła w praktyce prowadzić do faworyzowania działającego już oferenta ze szkodą dla pozostałych oferentów, a w szczególności skarżącej, z naruszeniem zasady równego traktowania, zgodnie z którą oferenci powinni mieć takie same szanse przy formułowaniu warunków swoich ofert.

151 Należy w konsekwencji stwierdzić, iż zasady proporcjonalności i równego traktowania, a także pkt 2.5.1.2 przewodnika, który wdraża te zasady, sprzeciwiają się temu, by w ramach niniejszego postępowania przetargowego EBI brał pod uwagę zdolność oferentów do świadczenia wszystkich usług spodziewanych w ramach zamówienia nie jako „kryterium wyboru" oferentów, lecz jako „kryterium udzielenia zamówienia", i żeby opierał się w tym względzie na niejasnym kryterium, które mogło w praktyce faworyzować wybranego oferenta będącego równocześnie działającym już wykonawcą, który wcześniej świadczył odnośne usługi.

152 W świetle powyższych ustaleń należy uwzględnić trzeci i czwarty zarzut skargi.

W przedmiocie zarzutu szóstego

— Argumenty stron

153 Skarżąca utrzymuje, że EBI naruszył art. 99 rozporządzenia finansowego, art. 148 ust. 1 i 2 rozporządzenia wykonawczego, a także zasady: równego traktowania, przejrzystości i niedyskryminacji wyrażone w art. 89 rozporządzenia finansowego w związku z jego motywem 18 oraz orzecznictwie, praktyce Komisji czy doktrynie,

z uwagi na fakt, że udzielił zamówienia wybranemu oferentowi po wprowadzeniu przez niego w wyniku niejawnych kontaktów z EBI istotnych zmian do warunków jego oferty zarówno pod względem ceny, jak i jakości. Z notatki z dnia 31 stycznia 2008 r. wynika, że po otwarciu ofert i ich ocenie komisja przetargowa zarekomendowała ofertę wybranego oferenta. Jednakże po stwierdzeniu, iż oferta ta jest ze wszystkich ofert najdroższa, komisja przetargowa postanowiła spotkać się z wybranym oferentem w celu uzyskania wyjaśnień na temat pewnych kwestii pozostających w zawieszeniu, a w szczególności aspektów finansowych oferty, przed podjęciem dalszych czynności w postępowaniu przetargowym. W trakcie tego spotkania wybrany oferent istotnie zmodyfikował warunki swojej oferty, obniżając przewidywaną cenę za swoje usługi i równocześnie obniżając odpowiednio ich jakość. W szczególności wybrany oferent zobowiązał się obniżyć cenę przewidzianą w swojej ofercie dzięki zmianom kadrowym w zespole wyznaczonym do realizacji zamówienia w celu zapewnienia bardziej zrównoważonego składu i w konsekwencji ograniczając liczbę konsultantów z doświadczeniem. Właśnie w wyniku tych nielegalnych negocjacji EBI postanowił udzielić zamówienia wybranemu oferentowi. Wynika stąd, iż oferta ostatecznie wybrana przez EBI istotnie różniła się, a co najważniejsze w świetle względnej wagi kryteriów udzielenia zamówienia określonej w specyfikacji warunków zamówienia – przedstawiała niższą jakość od oferty, którą oceniała komisja przetargowa. Tymczasem ta gorsza jakość „ostatecznej oferty" wybranego oferenta w stosunku do jego „pierwotnej oferty" nie była brana pod uwagę przy ocenie porównawczej ofert przeprowadzonej przez komisję przetargową.

154 W tym względzie skarżąca zachęca Sąd, żeby porównał doświadczenie pracowników wymienionych w ofercie wybranego oferenta z doświadczeniem personelu ostatecznie przez niego zapewnionego i stwierdził, że gdyby nie było negocjacji prowadzonych nielegalnie z EBI ani oczywistych błędów w ocenie, które obciążają zaskarżoną decyzję, zamówienia udzielono by skarżącej. W każdym wypadku skarżąca utrzymuje, iż gdyby w postępowaniu przetargowym przestrzegano zasady równego traktowania i gdyby zachowano przejrzystość, ona również miałaby możliwość znacznie

poprawić swoją „pierwotną ofertę" w stosunku do przyjętych kryteriów udzielenia zamówienia, co mogłoby także pozwolić jej na wygranie przetargu.

155 EBI nie zgadza się z argumentami skarżącej i wnosi o oddalenie zarzutu szóstego. Zwraca uwagę, iż ani rozporządzenie finansowe, ani rozporządzenie wykonawcze nie mają służyć uregulowaniu procedury przetargowej. Ponadto skarżąca nie ma interesu prawnego w podnoszeniu niniejszego zarzutu. Według EBI rozmowy prowadzone z wybranym oferentem miały miejsce dopiero po zakończeniu fazy oceny porównawczej ofert, która zapewniła ofercie wybranego oferenta pierwszą pozycję, podczas gdy oferta skarżącej zajęła dopiero drugie miejsce, a więc w czasie, gdy wybrany oferent już wygrał przetarg. Zatem nie można ich uważać za kontakty, które miały miejsce w toku postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu pkt 2.5.2 przewodnika lub też art. 99 rozporządzenia finansowego, na który powołała się skarżąca. W każdym wypadku kontakty te nie dotyczyły modyfikacji oferty wybranego oferenta zaklasyfikowanej na pierwszym miejscu w wyniku oceny porównawczej ofert ani nie doprowadziły do takiego skutku. Były one związane tylko z warunkami wykonania zamówienia przez wybranego oferenta, zgodnie z warunkami jego oferty, a w każdym razie nie mogły doprowadzić do zmiany klasyfikacji ustalonej w wyniku oceny porównawczej ofert. Z finansowego punktu widzenia obniżenie stawek dziennych przewidzianych dla „starszych projektantów oprogramowania" oraz stawek dla „projektantów oprogramowania", a także zastąpienie niektórych „starszych projektantów oprogramowania" z proponowanego głównego zespołu „młodszymi" pracownikami nie mogłoby spowodować zmiany klasyfikacji oferty wybranego oferenta w stosunku do ofert złożonych przez pozostałych oferentów, w tym skarżącej, tak że nie przyniosły im szkody. Z technicznego punktu widzenia zastąpienie niektórych „starszych projektantów oprogramowania" z głównego zespołu proponowanego przez wybranego oferenta „młodszymi" pracownikami nie wywołało względnego pogorszenia walorów technicznych jego oferty, ponieważ pracownicy zaproponowani w zastępstwie figurowali w wykazie profili zawodowych pracowników załączonym do tej oferty, a jej walory techniczne były oceniane z uwzględnieniem nie tylko kwalifikacji wynikających z życiorysów członków proponowanego głównego zespołu, lecz także

kwalifikacji osób umieszczonych w tymże wykazie profili zawodowych pracowników. Wzmianka na temat „bardziej zrównoważonego składu zespołu" nie oznaczała, że personel podstawowy zaproponowany w ofercie wybranego oferenta do składu zespołu realizującego zamówienie ma być zmieniony, lecz tylko że personel ten pozwoli na skompletowanie zespołu „bardziej zrównoważonego" od zespołu, który tenże oferent utworzył w celu wykonania poprzedniego zamówienia związanego z omawianą aplikacją informatyczną. Zatem obowiązujące w tym zakresie orzecznictwo nie daje podstaw do stwierdzenia, że kontakty, które miały miejsce między bankiem a oferentem po zakończeniu fazy oceny porównawczej ofert, wpływają negatywnie na ważność zaskarżonej decyzji, a skarżąca nie ma podstaw, żeby w rozpoznawanej sprawie powoływać się na naruszenie zasady równego traktowania czy zasady przejrzystości.

— Ocena Sądu

156 Skarżąca nie ma podstaw, by zarzucać EBI naruszenie art. 89 i 99 rozporządzenia finansowego oraz art. 148 ust. 1 i 2 rozporządzenia wykonawczego, ponieważ ani rozporządzenie finansowe, ani a fortiori rozporządzenie wykonawcze (zob. pkt 87 powyżej) nie regulują procedury przetargowej i zaskarżonej decyzji. Należy zatem oddalić zarzut szósty jako bezzasadny w zakresie, w jakim opiera się na tym naruszeniu.

157 Jednakże zarzut szósty powinien być zbadany w zakresie, w jakim podnosi naruszenie zasad: równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości, które mają zastosowanie do postępowania przetargowego i zaskarżonej decyzji z powodów przedstawionych w pkt 88 powyżej. Ze względu zarówno na znaczenie jak i cel oraz skuteczność (effet utile) tych zasad, należy zapewnić ich przestrzeganie także w przypadkach szczególnych postępowań, takich jak w niniejszej sprawie, w razie potrzeby biorąc równocześnie pod uwagę cechy szczególne charakteryzujące to postępowanie.

158 W tym względzie należy podkreślić, że ponieważ w niniejszej sprawie chodziło o zamówienie na usługi udzielone na jego rzecz, o całkowitej wartości szacunkowej netto, bez podatku od wartości dodanej (VAT), w granicach między 3 500 000 EUR a 7000000 EUR, EBI, zgodnie z przepisami przewodnika, podjął decyzję o udzieleniu zamówienia w trybie procedury otwartej, opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym, przygotowaniu specyfikacji warunków zamówienia określającej zasady i warunki zamówienia, włącznie z kryteriami udzielenia zamówienia, i zaproszeniu wszystkich podmiotów gospodarczych, które się zgłosiły, do składania na tej podstawie ofert.

159 W takich okolicznościach przepisy przewodnika oraz stosownie do okoliczności przepisy dyrektywy 2004/18, do których te pierwsze odsyłają, powinny być uważane za ramy prawne, w jakich powinno się odbywać postępowanie przetargowe, a obowiązkiem EBI, jako instytucji zamawiającej, było ścisłe przestrzeganie kryteriów, które sam ustalił, nie tylko w toku postępowania przetargowego jako takiego, które miało na celu ocenę porównawczą ofert i wyłonienie wykonawcy, lecz generalnie do czasu zakończenia fazy realizacji omawianego zamówienia (zob. podobnie ww. w 89 wyrok w sprawie Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta, pkt 115).

160 Jeżeli oferta złożona przez oferenta, który nie został wykluczony w toku postępowania przetargowego i spełnia kryteria wyboru wymienione w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, nie wydaje się z punktu widzenia instytucji zamawiającej najkorzystniejsza ekonomicznie w świetle kryteriów udzielenia zamówienia wymienionych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, oferta ta powinna zostać odrzucona przez instytucję zamawiającą, ponieważ instytucja ta nie jest jednak uprawniona do przekształcenia ogólnej struktury zamówienia poprzez zmianę jednego z istotnych warunków jego udzielenia. Gdyby bowiem instytucja zamawiająca miała prawo dowolnie modyfikować warunki udzielenia zamówienia w toku postępowania przetargowego, bez wyraźnego upoważnienia na podstawie właściwych przepisów prawa, wówczas ustalone pierwotnie warunki, od których zależy udzielenie zamówienia, zostałyby wypaczone (ww. w pkt 89 wyrok w sprawie Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta, pkt 120). Co więcej, taka praktyka pociągałaby za sobą w sposób nieunikniony naruszenie zasady przejrzystości oraz zasady równego traktowania oferentów, ponieważ nie byłyby już zagwarantowane

jednolite stosowanie warunków udzielenia zamówienia ani obiektywizm postępowania (ww. w pkt 89 wyrok w sprawie Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta, pkt 121).

161 Zasady te mają też swoje odzwierciedlenie w pkt 2.5.2 przewodnika, który stanowi w szczególności, że „w toku postępowania o udzielenie zamówienia [EBI] nie podejmuje żadnych rozmów z kandydatami lub oferentami, które mogłyby wpłynąć negatywnie na obiektywizm postępowania lub naruszać zasadę równego traktowania podmiotów gospodarczych" oraz że o ile „[EBI] może natomiast kontaktować się na piśmie z kandydatami lub oferentami w celu uzyskania wyjaśnień na temat określonych elementów ich kandydatur lub ofert", to „[t]ego rodzaju kontakty nie mogą jednak prowadzić do zmian w warunkach wniosku o dopuszczenie do udziału lub warunkach oferty".

162 W niniejszym przypadku pkt 1.2 specyfikacji warunków zamówienia, zawierający „opis dziedziny" objętej zamówieniem, stanowił, że z omawianej aplikacji informatycznej korzysta około 600 osób, że zatrudniono zespół dziesięciu osób spoza personelu EBI w celu zapewnienia konserwacji, utrzymania oraz działalności projektowej (cztery osoby przydzielono do konserwacji, a sześć osób do projektów) oraz że aktualnie w realizacji jest około 10 projektów. Ponadto stwierdzał on również, iż czterech pracowników EBI zajmuje się nadzorowaniem lub obsługą projektów, lecz są oni również stopniowo coraz bardziej zaangażowani w działania techniczne, a mianowicie w dyskusje na temat architektury. Przewidywano też wprowadzenie w najbliższym czasie procedur badania kodu. Wreszcie spodziewano się, że w następnych latach zakres działalności projektowej ulegnie ograniczeniu, tak że potencjalni oferenci powinni uważać liczby podane przez EBI za maksymalne, aczkolwiek nie można wykluczyć, że nowe upoważnienia do udzielania kredytów i pożyczek lub operacje specjalne zatwierdzone przez EBI mogą spowodować kolejne nasilenie działalności w zakresie projektów.

163 Zgodnie z pkt 6.5 specyfikacji warunków zamówienia, dotyczącym „profilu zawodowego pracowników", oferent powinien przedstawić jasno sformułowany profil kompetencyjny całego personelu, jaki może udostępnić, wypełniając tabelę z wykazem

profili zawodowych. W wykazie ten sam pracownik nie może być uwzględniony w więcej niż jednym profilu. Ponadto oferenci powinni dostarczyć anonimowe curriculum vitae „głównego wspólnego trzonu dostępnych zasobów kadrowych", odpowiadające różnym rodzajom profili wyszczególnionym w wykazie profili zawodowych pracowników (zwanego dalej „głównym zespołem"). W każdym curriculum vitae powinien być wskazany aktualny pracodawca (odpowiedni członek grupy wykonawców w przypadku ofert grupowych lub podwykonawców) każdego z członków głównego zespołu. Zgodnie z informacjami podanymi w pkt 1.2 specyfikacji warunków zamówienia minimalna wymagana liczba życiorysów dla każdego z pięciu typowych profili wskazanych w wykazie profili zawodowych pracowników została ustalona w następujący sposób: 2 życiorysy „analityków systemów zarządzania", 2 życiorysy „architektów systemu informatycznego", 2 życiorysy „młodszych projektantów oprogramowania", 6 życiorysów „projektantów oprogramowania" oraz 2 życiorysy „starszych projektantów oprogramowania". Ponadto tego samego curriculum vitae nie powinno się proponować dla więcej niż jednego profilu.

164 Punkt 6.8 specyfikacji warunków zamówienia, dotyczący „profilu kosztów", wskazywał w szczególności, iż ceny powinny być podawane w euro, w kwocie netto bez podatku VAT. Powinny obejmować wszystkie rodzaje wydatków, które nie są oddzielnie zwracane przez EBI. Oferent powinien wypełnić tabelę profili kosztów zamieszczoną w załączniku do specyfikacji warunków zamówienia. Koszty powinny być przedstawione w formie stawek dziennych dla „usług o charakterze ciągłym" oraz dla „usług jednorazowych". W przypadku gdy oferent lub dostawca usług zamierza stosować inne stawki za usługi wykonywane „poza godzinami urzędowania", a mianowicie między godziną 19 a 8, oraz za usługi wykonywane w weekendy lub w okresie wakacyjnym, stawki te również powinny być wyraźnie wskazane w tabeli. Te ostatnie będą miały także zastosowanie do usług wykonywanych w związku z nowym nasileniem działalności projektowej (zob. pkt 162 powyżej).

165 Punkt 7.1 specyfikacji warunków zamówienia, dotyczący „kryteriów udzielenia zamówienia", wskazywał, iż zamówienie zostanie udzielone oferentowi, który złoży ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie w świetle kryteriów udzielenia zamówienia oraz ich

względnej wagi (zob. pkt 3 powyżej). Jeśli chodzi o kryteria techniczne pkt 7.1.1 specyfikacji precyzował, iż „poziom adekwatności umiejętności i kwalifikacji pracowników proponowanych do realizacji zamówienia" oraz „zdolność zapewnienia zespołu pracowników z własnych zasobów kadrowych", czyli dwa kryteria, które łącznie stanowią 60% punktów oceny całościowej, będą oceniane i klasyfikowane na podstawie wypełnionego wykazu profili zawodowych pracowników oraz składu głównego zespołu zaproponowanego przez oferentów w formie życiorysów, zgodnie z pkt 6.5 specyfikacji warunków zamówienia. Ta informacja została potwierdzona oferentom w wykazie „Pytania i odpowiedzi". Jeśli chodzi o kryterium finansowe pkt 7.1.2 specyfikacji warunków zamówienia precyzował, iż profil kosztów każdego oferenta będzie oceniany i klasyfikowany na podstawie średniej ważonej stawki dziennej obliczonej dla każdego oferenta. Waga z uwzględnieniem profili osób, które najprawdopodobniej będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, została określona w wykazie profili kosztów. Wreszcie pkt 7.1.1 i 7.1.2 specyfikacji warunków zamówienia stanowiły, że EBI może zapraszać oferentów na spotkania, jednak po złożeniu pisemnej oferty oferenci nie mają już prawa zmieniać jej warunków.

166 Od strony technicznej w wykazie profili zawodowych pracowników należało podać dla każdego z pięciu typów profili ogólnie oraz dla każdego rodzaju umiejętności związanych z każdym typem profilu: liczbę dostępnych pracowników z rozróżnieniem na „pracowników z doświadczeniem poniżej 3 lat łącznie", „pracowników z doświadczeniem powyżej 3 lat łącznie" oraz „pracowników ze stażem pracy u usługodawcy powyżej 2 lat".

167 Od strony finansowej w wykazie profili kosztów należało podać dla każdego typu profili i dla każdego typu usług średnią stawkę dzienną. Waga względna średnich stawek dziennych dla każdego typu usług została ustalona w następujący sposób: 45% punktów za koszty „usług ciągłych", 45% punktów za koszty „usług jednorazowych", 5% punktów za koszty usług wykonywanych „poza godzinami urzędowania" oraz 5% punktów za koszty usług wykonywanych „w weekendy i w okresie wakacyjnym". Waga

względna średnich stawek dziennych dla każdego z typów profili wynosiła, zgodnie z pkt 7.1.2 specyfikacji warunków zamówienia przy uwzględnieniu „profili pracowników, którzy najprawdopodobniej będą uczestniczyć w realizacji zamówienia", na podstawie pkt 6.5 specyfikacji warunków zamówienia: 15% punktów za profil „analityka systemów zarządzania", 15% punktów za profil „architekta systemu informatycznego", 15% punktów za profil „młodszego projektanta oprogramowania", 40% punktów za profil „projektanta oprogramowania" i 15% punktów za profil „starszego projektanta oprogramowania".

168 W niniejszym przypadku z notatki z dnia 31 stycznia 2008 r. oraz z wyjaśnień udzielonych przez EBI w piśmie z dnia 15 grudnia 2009 r. wynika, że po zakończeniu etapu oceny porównawczej ofert EBI niepokoił fakt, iż oferta wybranego oferenta, zaklasyfikowana na pierwszym miejscu, była najdroższa, w związku z czym postanowił on zorganizować spotkanie z wybranym oferentem w celu wyjaśnienia z nim pewnych kwestii pozostających w zawieszeniu, a w szczególności aspektów finansowych oferty, przed podjęciem dalszych czynności w postępowaniu przetargowym. Ponadto z notatki z dnia 31 stycznia 2008 r. wynika, iż spotkanie odbyło się w dniu 29 stycznia 2008 r. i w trakcie tego spotkania wybrany oferent poinformował instytucję zamawiającą, że postara się zapewnić „bardziej zrównoważony skład zespołu (do tej pory złożonego niemal wyłącznie ze »starszych« konsultantów)", obniżyć z 750 EUR do 720 EUR stawkę dzienną za pracowników, którzy odpowiadają profilowi „starszego projektanta oprogramowania" oraz z 665 EUR do 650 EUR stawkę dzienną za pracowników, którzy odpowiadają profilowi „projektanta oprogramowania". Dopiero w wyniku tego spotkania, po uwzględnieniu propozycji przedstawionych przez wybranego oferenta, w dniu 31 stycznia 2008 r. dyrektor Departamentu Technologii Informacji EBI, na podstawie pozytywnej opinii komisji przetargowej, postanowił udzielić zamówienia wybranemu oferentowi, którą to decyzję zatwierdził następnie prezes EBI (zob. pkt 20 i 43 powyżej). W dniach 12 i 17 czerwca 2008 r. umowa została podpisana kolejno przez EBI i wybranego oferenta (zob. pkt 8 powyżej). Zgodnie z przepisami pkt 2.4.1 przewodnika dotyczącymi „publikacji ogłoszenia", na podstawie których za datę zakończenia postępowania uznaje się datę podpisania umowy, postępowanie przetargowe zostało zamknięte w dniu 17 czerwca 2008 r., tj. w dniu podpisania

umowy ramowej. Wynika stąd, iż EBI bezpodstawnie utrzymuje, że w dniu 29 stycznia 2008 r., kiedy miało miejsce spotkanie, zamówienie zostało już udzielone wybranemu oferentowi, a postępowanie przetargowe było już zamknięte.

169 Ponadto z dokumentów przedstawionych przez EBI wynika, iż po zakończeniu oceny porównawczej ofert bank nie był w pełni usatysfakcjonowany rezultatem uzyskanym przy zastosowaniu względnej wagi kryteriów udzielenia zamówienia, a mianowicie 75% punktów za kryteria techniczne i 25% punktów za kryterium finansowe, w wyniku czego została wyłoniona oferta na usługi o ogromnych walorach technicznych, lecz za wyższą cenę całkowitą niż ceny pozostałych ofert, co w szczególności skłoniło Bank do zorganizowania spotkania w dniu 29 stycznia 2008 r. Z dokumentów tych wynika również, iż to spotkanie umożliwiło wybranemu oferentowi rozwiązanie problemów, które niepokoiły instytucję zamawiającą, związanych z ceną całkowitą przewidzianą w jego ofercie, oraz że w ten sposób miało ono decydujące znaczenie dla udzielenia zamówienia. Istotnie, w trakcie spotkania wybrany oferent zgodził się obniżyć cenę całkowitą przewidzianą w jego ofercie, obniżając stawkę dzienną za pracowników, którzy odpowiadają profilowi „starszego projektanta oprogramowania" oraz „projektanta oprogramowania", wskazanych w wykazie profili zawodowych, oraz starając się skompletować „bardziej zrównoważony skład zespołu (do tej pory złożonego niemal wyłącznie ze »starszych« konsultantów)". Z tego punktu widzenia stwierdzenie, że po spotkaniu w dniu 29 stycznia 2008 r. członkowie komisji podtrzymali swoją rekomendację w kwestii udzielenia zamówienia wybranemu oferentowi, zawarte w notatce z dnia 31 stycznia 2008 r., nie może być uznane za dowód nowej oceny porównawczej ofert, lecz zwykłe powtórzenie przez komisję przetargową swojej wcześniejszej opinii w związku z okolicznością, że wybrany oferent usunął problemy natury finansowej, które budziły obawy instytucji zamawiającej.

170 Jeśli chodzi o obniżenie stawek dziennych figurujących w wykazie profili kosztów, którą wybrany oferent wypełnił i załączył do swojej oferty, doprowadziło to a posteriori do zmiany warunków, na podstawie których oferta wybranego oferenta została oceniona pod względem finansowym przez komisję przetargową.

171 Co się tyczy stwierdzenia, iż wybrany oferent postara się zapewnić „bardziej zrównoważony skład zespołu (do tej pory złożonego niemal wyłącznie ze »starszych« konsultantów)", sam EBI wyjaśnił w swoich uwagach z dnia 26 lutego 2010 r., że odnosi się ono do okoliczności, iż „podczas spotkania [z dnia 29 stycznia 2008 r.] [wybrany oferent] zaproponował zastąpienie niektórych z tych konsultantów [tzn. proponowanych »starszych projektantów oprogramowania«] młodszymi pracownikami". W kontekście niniejszej sprawy, w której EBI faktycznie starał się uzyskać od wybranego oferenta obniżenie ceny całkowitej przewidzianej w jego ofercie w celu zbliżenia jej do cen proponowanych w ofertach złożonych przez innych oferentów, jedynym wiarygodnym wyjaśnieniem tego stwierdzenia jest, że w praktyce wybrany oferent miał zastąpić niektórych „starszych projektantów oprogramowania" z proponowanego głównego zespołu „młodszymi" pracownikami. W istocie ponieważ przewidziana za usługi cena całkowita zależała bezpośrednio od średniej ważonej stawki dziennej głównego zespołu określonego jako zespół, który najprawdopodobniej będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, w przypadku gdy oferent wygra przetarg, cenę tę można było rzeczywiście obniżyć zmieniając skład głównego zespołu zaproponowany w ofercie przez zastąpienie pracowników najdroższych, o najwyższych kwalifikacjach, tj. „starszych konsultantów", odpowiadających profilowi „starszego projektanta oprogramowania", pracownikami mniej kosztownymi i mniej wykwalifikowanymi, tj. „młodszymi konsultantami", którzy mogą odpowiadać profilom „projektanta oprogramowania" oraz „młodszego projektanta oprogramowania", jak wynika z uwag EBI z dnia 26 lutego 2010 r.

172 EBI nie przedstawił żadnego dowodu świadczącego o tym, że – wbrew uzgodnieniom dokonanym podczas spotkania w dniu 29 stycznia 2008 r. – osoby, które rzeczywiście zostały skierowane przez wybranego oferenta do realizacji zamówienia, są tymi samymi, które wchodziły w skład głównego zespołu zaproponowanego w formie życiorysów w jego ofercie, na podstawie których oferta została oceniona przez komisję przetargową zarówno pod względem technicznym, jak i finansowym. Zresztą w swoich uwagach z dnia 26 lutego 2010 r. EBI nie twierdzi wcale, że skład głównego zespołu zaproponowanego w formie życiorysów w ofercie złożonej przez oferenta nie został zmieniony w wyniku spotkania z dnia 29 stycznia 2008 r., lecz tylko że ta zmiana

nie może być traktowana jako prawdziwa zmiana rzeczonej oferty, gdyż „młodsi pracownicy", którzy zastąpili „starszych konsultantów" z głównego zespołu, byli już ujęci w wykazie profili zawodowych pracowników, który wybrany oferent wypełnił i załączył do tej oferty. Jednakże ponieważ ocena porównawcza ofert pod względem technicznym była uzależniona w szczególności od kwalifikacji osób wchodzących w skład głównego zespołu zaproponowanego przez oferenta, jaki wynika z życiorysów tych osób załączanych do ofert, bardziej zrównoważony skład zespołu głównego uzyskany dzięki zastąpieniu niektórych „starszych projektantów oprogramowania" pracownikami „młodszymi", nawet przez włączenie do niego osób już wymienionych w wykazie profili zawodowych pracowników, który wybrany oferent załączył do swojej oferty, mógł oznaczać tylko zmianę a posteriori warunków, na podstawie których oferta została oceniona przez komisję przetargową zarówno pod względem technicznym, jak i finansowym.

173 Ponadto, jak się wydaje, EBI stara się uzasadnić propozycję przedstawioną przez wybranego oferenta na spotkaniu w dniu 29 stycznia 2008 r. okolicznością, iż – jak zaznaczono w specyfikacji warunków zamówienia – może nie być konieczne, by zespół rzeczywiście uczestniczący w realizacji zamówienia miał równie wysokie kwalifikacje co zespół dotychczas zajmujący się konserwacją, utrzymaniem i rozbudową omawianej aplikacji informatycznej (zob. pkt 162 powyżej), a który posłużył za punkt odniesienia do określenia w specyfikacji warunków zamówienia składu głównego zespołu, na podstawie którego miały być w szczególności oceniane oferty przedstawione przez oferentów zarówno pod względem technicznym, jak i finansowym (zob. pkt 163 powyżej). Nawet jednak przy założeniu, że do realizacji zamówienia przez wybranego oferenta mógłby rzeczywiście wystarczyć personel mniej wykwalifikowany od tego, który do tej pory zajmował się rzeczoną aplikacją, nie wystarcza to do uzasadnienia wprowadzenia przez wybranego oferenta zmiany do składu głównego zespołu zaproponowanego przez niego w ofercie jako ten, który może być skierowany do realizacji zamówienia, w przypadku gdy wygra on przetarg, w celu obniżenia ceny całkowitej przewidzianej we wskazanej ofercie i spełnienia w ten sposób nowego wymagania postawionego przez instytucję zamawiającą w celu udzielenia zamówienia. W istocie

mamy tu do czynienia ze zmianą a posteriori warunków, na podstawie których oferta wybranego oferenta została oceniona przez komisję przetargową zarówno pod względem technicznym, jak i finansowym, w sytuacji gdy odrzuceni oferenci, w tym skarżąca, nie otrzymali takiej samej możliwości zmodyfikowania swoich ofert.

174 Z powyższych wywodów wynika, iż w okolicznościach niniejszej sprawy EBI bezpodstawnie utrzymuje, że jedynym celem spotkania, które odbyło się w dniu 29 stycznia 2008 r., było przedyskutowanie z wybranym oferentem niektórych warunków realizacji zamówienia, a nie zmiana treści jego oferty w celu udzielenia mu zamówienia.

175 Ponadto ze wspomnianych wywodów wynika, iż te zmiany zakłóciły nie tylko ocenę finansową oferty wybranego oferenta, lecz także jej ocenę techniczną. Co więcej, kontakty między EBI a wybranym oferentem doprowadziły w praktyce do zmodyfikowania względnej wagi kryteriów udzielenia zamówienia. Te negocjacje oraz ich rezultat, a mianowicie zmiana oferty wybranego oferenta, wynikły bowiem stąd, że w rzeczywistości EBI przypisywał kryterium finansowemu większe względne znaczenie niż kryteriom technicznym, jakie zostały określone w dokumentach przetargowych i na podstawie których oferty nie tylko zostały przygotowane przez oferentów, lecz także porównane przez komisję przetargową. Tymczasem nie ma najmniejszych wątpliwości, że większe względne znaczenie, jakie ostatecznie EBI przyznał kryterium finansowemu w celu udzielenia zamówienia wybranemu oferentowi, byłoby bardziej korzystne dla skarżącej, gdyby również do niej zostało zastosowane przy ocenie porównawczej ofert, ponieważ to jej oferta proponowała najniższą cenę i otrzymała najlepszą ocenę za kryterium finansowe.

176 EBI uważa natomiast, iż te zmiany nie zakłóciły oceny porównawczej ofert w sposób naruszający prawa oferentów odrzuconych w wyniku tej oceny.

177 Nawet jeśli, jak implicite utrzymuje EBI, powołując się w szczególności na wyrok Trybunału z dnia 25 kwietnia 1996 r. w sprawie C-87/94 Komisja przeciwko Belgii Rec. s. I-2043, pkt 59, stwierdzenie nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego wydanej w wyniku postępowania zakłóconego okolicznością, iż pozwolono wybranemu oferentowi zmienić treść jego oferty, jest uzależnione od ustalenia przez sąd, czy uwzględnienie tej zmiany zmodyfikowało ze szkodą dla pozostałych oferentów zasady porównywania ofert w taki sposób, że mogło mieć to wpływ na klasyfikację oferentów, należy uznać, iż taki skutek istotnie można stwierdzić w okolicznościach niniejszej sprawy.

178 Prawdą jest niewątpliwie, iż z finansowego punktu widzenia sporne zmiany mogły mieć tylko taki skutek, że jeszcze bardziej poprawiły ocenę oferty wybranego oferenta w stosunku do ofert pozostałych oferentów, a w szczególności skarżącej. Natomiast błędem jest twierdzenie, iż z technicznego punktu widzenia zastąpienie niektórych „starszych projektantów oprogramowania" z głównego zespołu zaproponowanego przez wybranego oferenta „młodszymi" pracownikami, nie spowodowałoby zmiany oceny oferty wybranego oferenta. W tym względzie z informacji zawartych w aktach sprawy, a zwłaszcza z wykazu „Pytania i odpowiedzi" wynika, iż „[EBI] chc[iał] upewnić się, że [wyłoniony wykonawca zamówienia] ma nie tylko kompetentny i doświadczony personel, wystarczająco liczny, aby utworzyć główny zespół, lecz że również ma do swojej dyspozycji pewną rezerwę zasobów kadrowych odpowiednich pod względem kompetencji i doświadczenia w celu spełnienia dodatkowych potrzeb". W tym kontekście „[curriculum vitae] m[iały] odpowiadać składowi głównego zespołu proponowanego przez oferenta, natomiast wykaz profili zawodowych pracowników dostarczy[ć miał] informacji na temat poziomu i zakresu kompetencji oraz doświadczenia stanowiących potencjał, jaki oferent ma do dyspozycji, a który [EBI] mógłby w razie potrzeby wykorzystać". Zatem życiorysy miały umożliwić EBI ocenę kwalifikacji głównego zespołu proponowanego przez oferenta, a mianowicie osób, które odpowiadają profilom i które, zgodnie z brzmieniem pkt 7.1.2 specyfikacji warunków zamówienia, najprawdopodobniej będą uczestniczyć w realizacji zamówienia (zob. pkt 165 powyżej), natomiast wykaz profili zawodowych pracowników miał umożliwić EBI ocenę kwalifikacji ogólnych personelu pozostającego do dyspozycji oferenta, na który bank może liczyć w celu zaspokojenia dodatkowych potrzeb.

W takich okolicznościach zastąpienie niektórych „starszych projektantów oprogramowania" z głównego zespołu zaproponowanego przez wybranego oferenta w jego ofercie, a których curriculum vitae były brane pod uwagę w celu zweryfikowania kwalifikacji technicznych tego zespołu, „młodszymi" pracownikami, których kwalifikacje siłą rzeczy były niższe, mogło skutkować wyłącznie pogorszeniem ogólnych walorów technicznych tej oferty w stosunku do walorów ofert pozostałych oferentów, a w szczególności skarżącej.

179 Biorąc pod uwagę względną wagę kryteriów udzielenia zamówienia, a mianowicie 25% punktów za kryterium finansowe i 75% punktów za kryteria techniczne, oraz okoliczność, iż ocena porównawcza ofert opierała się z kolei w 60% na analizie życiorysów i wykazu profili zawodowych pracowników zgłoszonych przez oferentów (zob. pkt 165 powyżej), można uznać, że poprawa oceny finansowej oferty wybranego oferenta, jaka mogła wyniknąć z obniżenia ceny całkowitej przewidzianej w tej ofercie, nie była w stanie zrekompensować pogorszenia ogólnych walorów technicznych tejże oferty, jakie mogło wyniknąć z zastąpienia niektórych „starszych projektantów oprogramowania" z głównego zespołu zaproponowanego w ofercie „młodszymi" pracownikami. Wynika stąd, iż zmiany wprowadzone a posteriori do oferty wybranego oferenta mogłyby mieć ogólny skutek niekorzystny dla jej oceny, w przypadku gdyby doszło do kolejnej oceny porównawczej ofert.

180 W każdym wypadku na etapie udzielania zamówienia wybranemu oferentowi EBI faktycznie zmienił względną wagę przypisaną kryteriom technicznym oraz kryterium finansowemu, jaka została określona w oficjalnych dokumentach przetargowych, w celu przyznania większego znaczenia kryterium finansowemu (zob. pkt 175 powyżej).

181 W niniejszej sprawie Sąd nie dysponuje żadnymi dowodami, które by mu pozwoliły stwierdzić lub wykluczyć z całą pewnością, że zmiany w ofercie wybranego oferenta oraz zmiana względnej wagi kryteriów technicznych i kryterium finansowego

w wyniku spotkania w dniu 29 stycznia 2008 r., a przed wydaniem zaskarżonej decyzji, były w stanie zakłócić ocenę porównawczą ofert ze szkodą dla odrzuconych oferentów, a w szczególności skarżącej, w taki sposób, że wpłynęłoby to na rezultaty postępowania przetargowego. Ponieważ to EBI powinien był dostarczyć dowody w tym zakresie, wątpliwości te muszą być rozstrzygnięte na jego niekorzyść (zob. podobnie i analogicznie wyrok Trybunału z dnia 8 października 1986 r. w sprawach połączonych 169/83 i 136/84 Leussink przeciwko Komisji, Rec. s. 2801, pkt 17). Należy zatem uznać twierdzenie skarżącej, że wskazane zmiany były w stanie zakłócić wynik postępowania przetargowego w taki sposób, że bezprawnie pozbawiły ją realnej szansy na udzielenie jej zamówienia.

182 Z powyższego wynika, iż wymagając od wybranego oferenta w trakcie spotkania w dniu 29 stycznia 2008 r. zmodyfikowania jego oferty, EBI spowodował, że zaskarżona decyzja, przyjęta w dniu 31 stycznia 2008 r. z uwagi na tę zmianę, naruszała zasady równego traktowania, niedyskryminacji oraz przejrzystości, a naruszenie to mogło zakłócić wynik postępowania przetargowego, bezprawnie pozbawiając skarżącą realnej szansy na udzielenie jej zamówienia.

183 W świetle powyższych ustaleń należy uwzględnić szósty zarzut skargi.

W przedmiocie zarzutu piątego

— Argumenty stron

184 Skarżąca utrzymuje, iż EBI naruszył przepisy prawne obowiązujące w zakresie postępowań przetargowych oraz zasadę równego traktowania, przyjmując zaskarżoną

decyzję na podstawie względnej wagi kryteriów udzielenia zamówienia ustalonej następująco: 75% punktów za kryteria techniczne i 25% punktów za kryterium finansowe. Zgodnie z zasadami gospodarności w zarządzaniu finansami, które mają swoje odzwierciedlenie w art. 36 dyrektywy 92/50, w art. 34 dyrektywy Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 199, s. 84), w art. 138 ust. 3 rozporządzenia wykonawczego oraz w orzecznictwie, w przypadku gdy udzielenie zamówienia odbywa się na zasadzie wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, instytucja zamawiająca powinna ustalić względną wagę kryteriów udzielenia zamówienia, dokładając starań, aby nie zneutralizować ani nie zminimalizować „efektu cenowego" w taki sposób, żeby postępowanie przetargowe nie doprowadziło do udzielenia zamówienia publicznego bezzasadnie kosztownego w stosunku do rzeczywistych potrzeb administracji.

185 Skarżąca utrzymuje, iż w ciągu ostatnich 15 lat w niemal wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia na swoją rzecz prowadzonych przez administrację wspólnotową ocena porównawcza ofert była dokonywana na podstawie względnej wagi kryteriów udzielenia zamówienia, ustalonej w taki sposób, że za kryterium finansowe przyznawano 50% lub prawie 50% punktów, jeśli nie chodziło o automatyczną procedurę udzielenia zamówienia wykonawcy, który zaoferuje najniższą cenę. Taka praktyka jest zgodna z zasadami gospodarności w zarządzaniu finansami, w ramach której komisja przetargowa najpierw przyznawała każdej ofercie określoną liczbę punktów w zależności od jej walorów technicznych, następnie dzieliła tę liczbę punktów przez cenę oferty i oferent, który uzyskał najwyższą ocenę był wskazywany jako wyłoniony wykonawca zamówienia. W tym kontekście jakość była zagwarantowana przez kryteria wyboru oferentów oraz przez zastosowanie progów związanych z kryteriami technicznymi w fazie udzielania zamówienia. Natomiast względna waga kryteriów udzielenia zamówienia przyjęta w niniejszej sprawie, a mianowicie 75% punktów za kryteria techniczne i tylko 25% punktów za kryterium finansowe, prowadzi do niegospodarności w zarządzaniu finansami i zneutralizowania lub zminimalizowania „efektu cenowego" w postępowaniu przetargowym, które ma przecież służyć wyłonieniu oferty „najkorzystniejszej ekonomicznie", ponieważ może doprowadzić do nabycia bezzasadnie kosztownych usług przez zachęcanie oferentów do przesadnego podwyższania walorów technicznych wyłącznie w celu uzyskania możliwie

jak najwyższej oceny i ostatecznie otrzymania zamówienie. Zastosowana waga nietypowa w świetle wspólnotowej praktyki administracyjnej stanowi ponadto pośrednią dyskryminację, ponieważ stawia małe i średnie przedsiębiorstwa w sytuacji wyraźnie gorszej w porównaniu z oferentami, którzy mają możliwości przedstawienia ofert o walorach technicznych o wiele wyższych od rzeczywistych potrzeb spornego zamówienia publicznego. Zatem jest ona sprzeczna z zasadą równego traktowania oferentów.

186 Skarżąca uważa wreszcie, iż EBI nie ma podstaw, aby utrzymywać, że jej oferta była „najgorsza", ponieważ ten pogląd Bank opiera na rezultatach oceny, która sama była niezgodna z prawem i pozbawiona obiektywizmu. W tym względzie skarżąca zwraca uwagę, iż niniejszy zarzut należy analizować w powiązaniu z zarzutem pomylenia kryteriów.

187 W replice skarżąca podnosi argument, że zneutralizowanie „efektu cenowego" ofert wynikające ze względnej wagi kryteriów udzielenia zamówienia przyjętej w niniejszej sprawie narusza art. 138 ust. 3 rozporządzenia wykonawczego, zgodnie z którym „wskaźniki zastosowane do cen w odniesieniu do innych kryteriów nie mogą powodować neutralizacji ceny przy wyborze wykonawcy [waga względna zastosowana do kryterium ceny w zestawieniu z innymi kryteriami nie może powodować neutralizacji kryterium ceny przy wyborze wykonawcy]".

188 EBI wnosi o oddalenie zarzutu piątego. Zwraca on uwagę, iż według orzecznictwa instytucje zamawiające mają swobodę nie tylko w zakresie wyboru kryteriów udzielenia zamówienia, ale także w zakresie ustalenia ich względnej wagi. Ponadto pkt 2.5.1.2 przewodnika jasno wskazuje, że w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, które opiera się na bilansie jakości i ceny, można przypisać kryteriom technicznym względną wagę wyższą niż kryterium finansowemu. Tytułem porównania art. 97 rozporządzenia finansowego oraz art. 138 rozporządzenia wykonawczego również zapewniają instytucjom zamawiającym elastyczność potrzebną do dostosowania względnej wagi kryteriów udzielenia zamówienia do przedmiotu zamówienia, a art. 241 rozporządzenia wykonawczego przewiduje, że administracja wspólnotowa może ustalać względną wagę dla kryteriów udzielenia zamówienia wynoszącą 80% punktów za kryteria techniczne

oraz 20% punktów za kryterium finansowe w przypadku zamówień na usługi udzielanych w ramach działań zewnętrznych. W niniejszej sprawie walory techniczne ofert i kompetencje oferentów były najistotniejszymi czynnikami dla EBI, gdyż omawiana aplikacja informatyczna jest przeznaczona do obsługi działalności kredytowej, która jest jego podstawowym zadaniem.

189 EBI utrzymuje, iż względna waga kryteriów udzielenia zamówienia nie była nietypowa w zestawieniu z zamówieniami o podobnym charakterze udzielanymi przez Bank czy nawet instytucje ani w zestawieniu ze standardami jakości stosowanymi przez jego służby informatyczne przy zamówieniach na „usługi intelektualne świadczone na potrzeby systemów informatycznych".

190 Co się tyczy twierdzenia skarżącej, że względna waga kryteriów udzielenia zamówienia przyjęta w niniejszej sprawie działała na jej niekorzyść przez zneutralizowanie „efektu cenowego" w postępowaniu przetargowym, EBI zwraca uwagę, iż skarżąca nie mogła racjonalnie oczekiwać udzielenia jej zamówienia tylko dlatego, że zaproponowała najniższą cenę. Gdyby nawet rzeczona względna waga była taka jak wskazała skarżąca, a mianowicie 50% punktów za kryteria techniczne i 50% punktów za kryterium finansowe, oferta skarżącej nie zostałaby wybrana, ponieważ ocena uzyskana przez jej ofertę za kryteria techniczne była wyraźnie niższa od oceny otrzymanej przez ofertę wybranego oferenta za te same kryteria. Jeśli chodzi o doświadczenie bankowe, oferta wybranego oferenta była bardzo odpowiednia, o czym świadczą curriculum vitae większości osób zaproponowanych przez niego do realizacji zamówienia, podczas gdy spośród analityków zaproponowanych przez skarżącą tylko jeden dysponował niezbędnymi kompetencjami z zakresu bankowości. Skarżąca nie ma również podstaw, aby utrzymywać, że ta względna waga zneutralizowała „efekt cenowy" w postępowaniu przetargowym, ponieważ pomimo walorów technicznych uznanych za najsłabsze ze wszystkich pięciu ofert, które zostały dopuszczone pod względem technicznym przez komisję przetargową i niewiele lepsze od dwóch ofert

wyeliminowanych w wyniku oceny technicznej, oferta skarżącej uzyskała drugą najwyższą ocenę łączną, ze względu na ocenę otrzymaną za kryterium finansowe, gdyż zaoferowała najniższą cenę.

— Ocena Sądu

191 Należy zaznaczyć, iż zaskarżona decyzja nie opiera się na względnej wadze kryteriów udzielenia zamówienia przyjętych pierwotnie (zob. pkt 3 powyżej), gdyż EBI odstąpił od stosowania wskazanej wagi, wymagając od oferenta obniżenia ceny całkowitej przewidzianej w jego ofercie przed udzieleniem mu zamówienia (zob. pkt 175 powyżej). Natomiast w zakresie w jakim zaskarżona decyzja, odrzucając oferty pozostałych oferentów dopuszczonych do udziału w ocenie porównawczej ofert, w szczególności ofertę skarżącej, opiera się jednak na stosowaniu rzeczonej względnej wagi kryteriów udzielenia zamówienia, skarżąca nadal ma interes prawny w żądaniu przeprowadzenia kontroli jej legalności, pomocniczo, niezależnie od naruszenia zasady równego traktowania i zasady niedyskryminacji stwierdzonego w ramach badania zarzutu szóstego z racji zmiany względnej wagi kryteriów udzielenia zamówienia obowiązującej w toku postępowania przetargowego (zob. pkt 182 powyżej).

192 Według utrwalonego orzecznictwa wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie pozostawia instytucjom zamawiającym swobodę nie tylko w zakresie wyboru kryteriów udzielenia zamówienia, ale także w zakresie ustalenia ich względnej wagi, jeśli tylko pozwala im ona na syntetyczną ocenę przyjętych kryteriów w celu wybrania najkorzystniejszej ekonomicznie oferty (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03 Contse i in., Zb.Orz. s. I-9315, pkt 68 i przytoczone tam orzecznictwo; ww. w pkt 109 wyrok w sprawie Strabag Benelux

przeciwko Radzie, pkt 77). Ponadto zgodnie z zasadą równego traktowania i zasadą niedyskryminacji względna waga poszczególnych kryteriów lub podkryteriów nie powinna być ustalana z uwzględnieniem czynników, które mogłyby skutkować dyskryminacją jednego z oferentów (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 24 listopada 2005 r. w sprawie C-331/04 ATI EAC e Viaggi di Maio i in., Zb.Orz. s. I-10109, pkt 32; ww. w pkt 142 wyrok w sprawie Lianakis i in., pkt 42, 43).

193 Ze wstępu do przewodnika wynika, iż „[EBI] uważa, że co do zasady najlepszym sposobem stosowania zasad [podstawowych UE w zakresie procedur przetargowych] jest wprowadzenie konkurencji pomiędzy oferentami o odpowiednich kwalifikacjach i przeprowadzenie selekcji w oparciu o względy zarówno ekonomiczne, jak i jakościowe". Ponadto w pkt 2.1 przewodnika jest mowa o „zasadniczej trosce [EBI] o zapewnienie najlepszego stosunku kosztów do rezultatów" przy udzielaniu zamówień na swoją rzecz. Punkt 2.5.1.2 przewodnika, dotyczący „kryteriów udzielenia zamówienia", dodaje w tym względzie, że „oferta najkorzystniejsza ekonomicznie […] z punktu widzenia [EBI]" oznacza co do zasady ofertę zapewniającą „najlepszy bilans jakości i ceny" w świetle „różnych kryteriów związanych z przedmiotem danego zamówienia […]".

194 Jeśli nie zachodzą wyjątkowe okoliczności, które EBI ma obowiązek uzasadnić, wymóg zapewnienia najlepszego „stosunku kosztów do rezultatów" lub „bilansu jakości i ceny" po przeprowadzeniu syntetycznej oceny wybranych kryteriów w celu wyłonienia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie oznacza, że względna waga kryterium finansowego nie może prowadzić do zneutralizowania tegoż kryterium przy wyborze wykonawcy zamówienia.

195 Można by a priori uznać, iż względna waga kryteriów udzielenia zamówienia przyjęta w niniejszej sprawie, a mianowicie 75% punktów za kryteria techniczne i 25% punktów za kryterium finansowe, została zgodnie z prawem ustalona przez EBI, ponieważ, po pierwsze, jest odzwierciedleniem oceny własnej EBI, że ze względu na charakter i przedmiot zamówienia, które dotyczyło aplikacji informatycznej używanej do

obsługi działalności kredytowej, która jest jego podstawowym zadaniem, cena – aczkolwiek nie bez znaczenia – jest jednak drugorzędna pod względem ważności w stosunku do walorów technicznych, po drugie zaś, waga ta była stosowana w taki sam sposób i przejrzyście wobec wszystkich oferentów.

196 Jednakże – jak wynika z okoliczności faktycznych sprawy – ostatecznie EBI stwierdził w świetle rezultatów oceny porównawczej ofert, iż pierwotnie ustalona względna waga kryterium finansowego prowadziła do zbyt dużej neutralizacji tego kryterium przy wyborze wykonawcy zamówienia, a w związku z tym należało zaktualizować ocenę znaczenia kryterium cenowego w celu udzielenia zamówienia wybranemu oferentowi, co zostało dokonane w trakcie negocjacji przeprowadzonych z nim na spotkaniu w dniu 29 stycznia 2008 r. (zob. pkt 175 powyżej).

197 Wynika stąd, iż zaskarżona decyzja, w zakresie w jakim dotyczy odrzucenia ofert pozostałych oferentów dopuszczonych do udziału w ocenie porównawczej ofert, w tym oferty skarżącej, opiera się na względnej wadze zastosowanej do kryteriów udzielenia zamówienia, która według oceny EBI dokonanej w czasie przyjęcia tej decyzji prowadziła do zbyt dużej neutralizacji kryterium finansowego, a w związku z tym nie pozwalała na zapewnienie najlepszego „stosunku kosztów do rezultatów" lub „bilansu jakości i ceny" po przeprowadzeniu syntetycznej oceny wybranych kryteriów w celu wyłonienia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

198 Ponadto z powyższego, a także z badania zarzutu szóstego wynika, iż EBI naruszył zasadę równego traktowania oraz zasadę niedyskryminacji, zmieniając względną wagę kryteriów udzielenia zamówienia w toku postępowania przetargowego.

199 W świetle powyższych ustaleń należy uwzględnić piąty zarzut skargi.

200 Z całości powyższych wywodów wynika, iż wszystkie sześć zarzutów uzasadniających żądanie stwierdzenia nieważności jest zasadne i w związku z tym należy je uwzględnić i stwierdzić nieważność zaskarżonej decyzji.

W przedmiocie żądania odszkodowania

Argumenty stron

201 Skarżąca wnosi o zasądzenie od EBI na rzecz skarżącej odszkodowania w kwocie 1940000 EUR na podstawie art. 235 WE i 288 WE, w przypadku gdyby Sąd stwierdził, że zaskarżona decyzja została wydana z naruszeniem przepisów prawnych właściwych w zakresie procedur przetargowych lub zasad przejrzystości i równego traktowania, biorąc pod uwagę, iż najprawdopodobniej rozstrzygnięcie niniejszego sporu nastąpi po całkowitym wykonaniu zamówienia przez wybranego oferenta, zgodnie z zaskarżoną decyzją.

202 Skarżąca uważa, iż należy uwzględnić jej roszczenie odszkodowawcze z następujących powodów.

203 Przede wszystkim skarżąca utrzymuje, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wykazała wystarczająco istotne naruszenie nadrzędnej normy prawnej chroniącej jednostki lub normy prawnej przyznającej uprawnienia jednostkom, które powoduje powstanie odpowiedzialności Wspólnoty lub w tym przypadku EBI. Naruszenie to zostało popełnione przez EBI działający jako instytucja zamawiająca i wynika

z „bezprawności" zaskarżonej decyzji oraz oceny, na której decyzja się opiera, jak to zostało przedstawione w skardze, a mianowicie z naruszenia przepisów prawnych obowiązujących w zakresie procedur przetargowych, naruszenia zasad przejrzystości i równego traktowania, naruszenia przepisów przewodnika, zbyt późnego przekazania informacji, niewystarczającego uzasadnienia zaskarżonej decyzji, zastosowania dyskryminujących kryteriów, pomylenia kryteriów udzielenia zamówienia z kryteriami wyboru oferentów i wreszcie z niezgodnej z prawem względnej wagi kryteriów technicznych i kryterium finansowego na etapie udzielenia zamówienia.

204 Ponadto skarżąca twierdzi, że powołuje się na szkodę wynikającą z zaskarżonej decyzji, odpowiadającą wysokości zysku brutto, którego została niesłusznie pozbawiona przez bezprawne udzielenie zamówienia wybranemu oferentowi, a nie skarżącej. Gdyby Sąd stwierdził, iż to jej oferta powinna być zaklasyfikowana na pierwszym miejscu po zakończeniu fazy oceny porównawczej ofert, za winnego takiej szkody należałoby uznać EBI w celu nałożenia na niego sankcji za naruszenia prawa popełnione w toku postępowania przetargowego lub – jak sprecyzowała skarżąca na rozprawie w odpowiedzi na pytanie Sądu – w celu obciążenia częściowo EBI kosztami stałymi i ryzykiem gospodarczym, jakie ponosi skarżąca z tytułu swojej działalności w dziedzinie zamówień publicznych. Skarżąca wskazuje natomiast wyraźnie, że nie domaga się odszkodowania za wydatki poniesione w związku z jej uczestnictwem w postępowaniu przetargowym.

205 Na koniec skarżąca twierdzi, iż ustaliła wartość swojej szkody. Wynosi ona 1940000 EUR. Jeśli chodzi o tę kwotę, należy wziąć pod uwagę, że wysokość jej zysków brutto przy tego typu usługach wynosi około 50% uzyskanej ceny, o czym świadczą sprawozdania finansowe zatwierdzone przez Komisję w ramach finansowanych przez nią projektów badawczo-rozwojowych. Ponieważ EBI w specyfikacji warunków zamówienia wymagał usług w sumie 10 specjalistów (czterech do konserwacji i sześciu do projektów serwisowych), a „średni koszt dzienny" w jej ofercie wynosił 441 EUR, cenę odpowiadającą tej ofercie można skalkulować w następujący

sposób: 441 EUR pomnożone przez 220 osobodni rocznie, pomnożone przez 10 osób, pomnożone przez 4 lata, tj. około 3,88 mln EUR. Jest to zgodne z ogłoszonym budżetem zamówienia i mieści się w granicach między 3,5 mln a 7 mln EUR. Nieosiągnięty zysk brutto wynosiłby więc 50% kwoty 3,88 mln EUR, czyli 1,94 mln EUR.

206 EBI twierdzi pomocniczo, że żądanie odszkodowania jest bezpodstawne. Według orzecznictwa jeżeli jedna z przesłanek odpowiedzialności pozaumownej nie jest spełniona, skarga powinna być oddalona w całości bez potrzeby badania pozostałych przesłanek powstania wskazanej odpowiedzialności. W niniejszej sprawie wystarczy więc stwierdzić, iż Bank nie dopuścił się żadnej nieprawidłowości czy naruszenia prawa mogącego spowodować powstanie odpowiedzialności pozaumownej Wspólnoty w postępowaniu przetargowym. Ponadto skarżąca nie ma podstaw do żądania odszkodowania za szkodę, która odpowiada zyskowi brutto, jaki osiągnęłaby, gdyby udzielono jej zamówienia. Podnoszony utracony zysk jest przyszły i hipotetyczny, ponieważ nawet gdyby zamówienie nie zostało udzielone wybranemu oferentowi na podstawie zaskarżonej decyzji i spornej oceny, skarżąca nie mogłaby mieć pewności, że zostałoby udzielone jej. Wprawdzie Sąd może stwierdzić nieważność decyzji o udzieleniu zamówienia, nigdy jednak nie będzie mógł nakazać administracji, by udzieliła zamówienia konkretnemu oferentowi. Wobec czego, zgodnie z orzecznictwem, nie można uwzględnić takiej szkody.

Ocena Sądu

207 Według utrwalonego orzecznictwa powstanie odpowiedzialności pozaumownej Wspólnoty na podstawie art. 288 akapit drugi WE wymaga spełnienia wszystkich przesłanek, jeśli chodzi o bezprawność zachowania zarzucanego instytucji, rzeczywisty charakter szkody oraz istnienie związku przyczynowego między tym zachowaniem a podnoszoną szkodą. Wynika stąd, iż odpowiedzialność Wspólnoty może

powstać, tylko jeśli zostaną spełnione wszystkie te przesłanki (wyrok Trybunału z dnia 29 września 1982 r. w sprawie 26/81 Oleifici Mediterranei przeciwko EWG, Rec. s. 3057, pkt 16; wyrok Sądu z dnia 16 października 1996 r. w sprawie T-336/94 Efisol przeciwko Komisji, Rec. s. II-1343, pkt 30).

208 W niniejszej sprawie należy zacząć od zbadania, czy została spełniona przesłanka dotycząca istnienia związku przyczynowego pomiędzy bezprawnym zachowaniem EBI a podnoszoną przez skarżącą szkodą.

209 W kwestii przesłanki dotyczącej istnienia związku przyczynowego pomiędzy zarzucanym zachowaniem a podnoszoną szkodą z utrwalonego orzecznictwa wynika, że podnoszona szkoda musi wynikać w sposób wystarczająco bezpośredni z zarzucanego instytucji zachowania, a zachowanie to musi stanowić bezpośrednią przyczynę szkody (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 4 października 1979 r. w sprawach połączonych 64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 i 45/79 Dumortier i in. przeciwko Radzie, Rec. s. 3091, pkt 21; wyrok Sądu z dnia 11 lipca 1996 r. w sprawie T-175/94 International Procurement Services przeciwko Komisji, Rec. s. II-729, pkt 55). Do stron skarżących należy dostarczenie dowodu takiego związku przyczynowego (zob. wyrok Trybunału z dnia 30 stycznia 1992 r. w sprawach połączonych C-363/88 i C-364/88 Finsider i in. przeciwko Komisji, Rec. s. I-359, pkt 25; wyrok Sądu z dnia 24 kwietnia 2002 r. w sprawie T-220/96 EVO przeciwko Radzie i Komisji, Rec. s. II-2265, pkt 41 i przytoczone tam orzecznictwo).

210 Jak wynika ze skargi (zob. pkt 81 powyżej), skarżąca powołuje się na szkodę odpowiadającą „szacowanemu zyskowi brutto, jaki […] uzyskałaby w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyby zamówienie zostało jej udzielone". W swoich pismach przyznaje ona, iż można zasądzić od EBI zapłatę na jej rzecz odszkodowania odpowiadającego utraconym zyskom brutto wyliczonym w skardze, tylko jeśli Sąd jest w stanie stwierdzić, że jej oferta powinna być zaklasyfikowana jako pierwsza po zakończeniu fazy oceny porównawczej ofert (zob. pkt 204 powyżej). Żądanie odszkodowania skarżącej opiera się zatem na przekonaniu, że zaskarżona decyzja przeszkodziła jej w uzyskaniu zamówienia i zawarciu z EBI umowy ramowej w sprawie jego wykonania. Takie żądanie należy interpretować jako mające na celu nie odszkodowanie za utratę szansy na zawarcie umowy, lecz odszkodowanie za utratę samego zamówienia. Powyższej interpretacji nie podważa okoliczność, iż

na rozprawie w odpowiedzi na pytanie Sądu skarżąca powiedziała, że roszczenie odszkodowawcze obejmuje w pewien sposób utratę szans, ponieważ niezawarcie umowy zmniejsza jej szanse na wygranie w przyszłości innych przetargów na zamówienia publiczne oraz w ogólności na zamortyzowanie kosztów stałych, jakie ponosi z tytułu swojej działalności w dziedzinie zamówień publicznych. W istocie poza tym, że nowe aspekty szkody zostały przedstawione zbyt późno i w związku z tym są niedopuszczalne, to i tak nie opierają się one na utracie przez skarżącą szansy na zawarcie umowy, lecz na konsekwencjach, jakie według niej wynikają bezpośrednio z utraty samego zamówienia.

211 W niniejszej sprawie skarżąca nie wykazała ani nie dostarczyła dowodów pozwalających Sądowi stwierdzić z całą pewnością, że jej oferta zostałaby zaklasyfikowana jako pierwsza w wyniku oceny porównawczej ofert. W każdym wypadku, nawet jeśli założyć, że oferta skarżącej powinna była zostać zaklasyfikowana jako pierwsza i że skarżąca powinna być wybranym wykonawcą zamówienia, nie zobowiązywałoby to EBI do zawarcia z nią umowy ramowej. Żadna zasada bowiem ani żaden przepis mający zastosowanie do postępowań przetargowych EBI nie nakłada na Bank obowiązku zawarcia umowy na zamówienie z podmiotem wskazanym jako wykonawca w wyniku postępowania przetargowego (zob. podobnie i analogicznie ww. w pkt 147 wyrok w sprawie Fracasso i Leitschutz, pkt 24, 25; ww. w pkt 125 wyrok w sprawie Embassy Limousines & Services przeciwko Parlamentowi, pkt 54).

212 Wobec powyższego nie ma możliwości stwierdzenia istnienia związku przyczynowego między wydaniem przez EBI zaskarżonej decyzji – bezprawnej, jak wynika z badania żądania stwierdzenia nieważności – a podnoszoną przez skarżącą szkodą, która wynika z utraty samego zamówienia. Wynika stąd, iż skarżąca nie ma podstaw do żądania odszkodowania w celu naprawienia szkody związanej z tym, że nie zawarła umowy ramowej z EBI i a fortiori nie wykonała zamówienia.

213 Z powyższego wynika, iż żądanie odszkodowania należy oddalić w całości.

214 Nie wyklucza to rekompensaty pieniężnej, jaka może być należna skarżącej na podstawie art. 266 TFUE z tytułu przywrócenia jej sytuacji do właściwego stanu w następstwie stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji (zob. pkt 67 powyżej).

W przedmiocie kosztów

215 Skarżąca wyjaśnia, że była zmuszona wszcząć to postępowanie i żądać naprawienia szkody poniesionej w wyniku wadliwej oceny jej oferty przez EBI oraz z powodu niepoinformowania jej o cechach i względnej przewadze wybranej oferty w stosunku do jej własnej oferty. Brak uzasadnienia i okoliczność, iż pomimo jej żądań nigdy nie przekazano jej sprawozdania z oceny, stanowią wystarczające podstawy do obciążenia EBI kosztami postępowania, nawet w przypadku oddalenia jej skargi.

216 EBI uważa, że przesłanki art. 87 § 3 akapit drugi regulaminu postępowania przed Sądem nie zostały w niniejszej sprawie spełnione i w konsekwencji należy zastosować jednak art. 87 § 2 tego regulaminu. Skarżąca nie wykazała, że została narażona na koszty w wyniku działania Banku niemającego uzasadnionego powodu lub podjętego w złej wierze, bowiem nie miało to miejsca. Ponadto należy uwzględnić, iż Bank udzielił odpowiedzi na wnioski skarżącej o udzielenie dodatkowych informacji w szczególności w piśmie z dnia 1 sierpnia 2008 r. (wyrok Sądu z dnia 26 lutego 2002 r. w sprawie T-169/00 Esedra przeciwko Komisji, Rec. s. II-609, pkt 192). W czasie gdy skarżąca składała skargę, dysponowała więc wszystkimi informacjami koniecznymi do obrony swych praw.

217 Na podstawie art. 87 § 3 akapit drugi regulaminu postępowania Sąd może nałożyć na stronę obowiązek zwrotu kosztów, które w rezultacie jej działania, niemającego uzasadnionego powodu lub podjętego w złej wierze, poniosła druga strona. W niniejszej sprawie ze względu na okoliczność, iż uzasadnienie zaskarżonej decyzji było niewystarczające, oraz w celu uwzględnienia licznych naruszeń prawa popełnionych przez

EBI w toku postępowania o udzielenie zamówienia, które doprowadziło do wydania tej decyzji, co zmusiło skarżącą do wniesienia niniejszej skargi, należy obciążyć EBI wszystkimi kosztami postępowania.

Z powyższych względów

SĄD (czwarta izba)

orzeka, co następuje:

1) **Stwierdza się nieważność decyzji Europejskiego Banku Inwestycyjnego (EBI) o odrzuceniu oferty złożonej przez Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE w ramach procedury przetargowej 2007/S 176-215155 dotyczącej świadczenia usług w celu zapewnienia „pomocy w konserwacji, utrzymaniu i rozbudowie systemu »Loans Front Office« (SERAPIS)" i udzieleniu zamówienia Sybase BVBA.**

2) **W pozostałym zakresie skarga zostaje oddalona.**

3) **EBI zostaje obciążony kosztami postępowania.**

Pelikánová Jürimäe Van der Woude

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 20 września 2011 r.

Podpisy

Spis treści

Okoliczności powstania sporu ..... II - 6379

Przebieg postępowania i żądania stron ..... II - 6384

Co do prawa ..... II - 6386

1. W przedmiocie dopuszczalności skargi ..... II - 6386

W przedmiocie właściwości Sądu ..... II - 6387

Argumenty stron ..... II - 6387

Ocena Sądu ..... II - 6389

W przedmiocie interesu prawnego skarżącej do wniesienia skargi o stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji ..... II - 6400

Argumenty stron ..... II - 6400

Ocena Sądu ..... II - 6401

W przedmiocie niezaskarżenia w toku postępowania przetargowego formuły zastosowanej do oceny porównawczej ofert ..... II - 6404

Argumenty stron ..... II - 6404

Ocena Sądu ..... II - 6404

W przedmiocie niejasności żądania odszkodowania ..... II - 6406

Argumenty stron ..... II - 6406

Ocena Sądu ..... II - 6406

2. Co do istoty ..... II - 6408

W przedmiocie prawa właściwego ..... II - 6408

Argumenty stron ..... II - 6408

Ocena Sądu ..... II - 6409

W przedmiocie żądania stwierdzenia nieważności ..... II - 6413

W przedmiocie zarzutów pierwszego i drugiego ..... II - 6414

— Argumenty stron ..... II - 6414

— Ocena Sądu ..... II - 6416

W przedmiocie zarzutów trzeciego i czwartego ..... II - 6427

— Argumenty stron ..... II - 6427

— Ocena Sądu ..... II - 6430

W przedmiocie zarzutu szóstego ..... II - 6437

— Argumenty stron ..... II - 6437

— Ocena Sądu ..... II - 6440

W przedmiocie zarzutu piątego ..... II - 6452

— Argumenty stron ..... II - 6452

— Ocena Sądu ..... II - 6456

W przedmiocie żądania odszkodowania ..... II - 6459

Argumenty stron ..... II - 6459

Ocena Sądu ..... II - 6461

W przedmiocie kosztów ..... II - 6464