SODBA SPLOŠNEGA SODIŠČA (četrti senat)

z dne 20. septembra 2011 *

V zadevi T-461/08,

Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE s sedežem v Atenah (Grčija), ki jo zastopata N. Korogiannakis in P. Katsimani, odvetnika,

tožeča stranka,

proti

Evropski investicijski banki (EIB), ki jo zastopata C. Gómez de la Cruz in T. Pietilä, zastopnika, skupaj z J. Stuyckom, odvetnikom,

tožena stranka,

zaradi, prvič, na podlagi členov 225 ES in 230 ES vloženega predloga za razglasitev ničnosti odločbe EIB z dne 31. januarja 2008 o nesprejetju ponudbe tožeče stranke, predložene v okviru javnega razpisa za opravljanje storitev, namenjenih zagotavljanju pomoči pri vzdrževanju, podpori in razvoju informacijskega sistema, in o oddaji

* Jezik postopka: angleščina.

naročila drugemu ponudniku, ter, drugič, odškodninskega zahtevka, vloženega na podlagi členov 225 ES, 235 ES in 288 ES,

SPLOŠNO SODIŠČE (četrti senat),

v sestavi I. Pelikánová (poročevalka), predsednica, K. Jürimäe, sodnica, in M. van der Woude, sodnik,

sodni tajnik: N. Rosner, administrator,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 17. novembra 2010

izreka naslednjo

Sodbo

Dejansko stanje

1 Tožeča stranka, družba Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, je družba po grškem pravu, ki opravlja dejavnosti na področju informacijske in komunikacijske tehnologije.

2 Z obvestilom o naročilu z dne 13. septembra 2007, ki je bilo objavljeno v Dodatku k *Uradnemu listu Evropske unije* (UL S 176) pod referenčno številko 2007/S 176-215155, je Evropska investicijska banka (EIB) objavila javni razpis za opravljanje storitev, namenjenih zagotavljanju „pomoči pri vzdrževanju, podpori in razvoju sistema ‚Loans Front Office' (Serapis)". V skladu z opisom v obvestilu o naročilu in v specifikaciji navedenega javnega razpisa je „Système efficace et rapide d'accès aux prêts et aux informations de support" (Serapis) nadbesedilni del programske aplikacije (Front Office) EIB na področju posojil. Zasnovan je kot univerzalni portal za upravljanje informacij na področju „posojil" za pristojne službe EIB, ki vključujejo „Direktorat za posle v Evropski uniji", „Direktorat za posle zunaj Evropske unije", „Direktorat za obvladovanje tveganj", „Direktorat za projekte" in pravno službo. Sistem Serapis zagotavlja podporo notranjemu kreditnemu procesu, od začetka posla in njegovega ocenjevanja (vrednotenja) do predložitve „Note conjointe" (podpisa), ki nato sproži postopek v delu programske aplikacije EIB, imenovanem „Force prêts", ki odgovornim osebam za navedeni sistem omogoča, da ga vodijo in upravljajo (Back Office).

3 V obvestilu o naročilu je bilo predvideno, da bo z izbranim ponudnikom sklenjen štiriletni okvirni sporazum in da bodo temu ponudniku oddana naročila na podlagi okvirnega sporazuma in v skladu s posameznimi delovnimi nalogi za natančno opredeljene projekte. V obvestilu o naročilu in v specifikaciji je bilo določeno, da bo naročilo oddano ponudniku, ki bo predložil ekonomsko najugodnejšo ponudbo glede na merila za oddajo, opredeljena v specifikaciji. V tej specifikaciji so bile navedene relativne uteži meril za oddajo, in sicer 75 % točk za tehnična merila – od tega 15 % točk za merilo, imenovano „proces upravljanja kakovosti", 45 % točk za merilo, imenovano „raven skladnosti usposobljenosti in kvalifikacij predlaganega osebja", in 15 % točk za merilo, imenovano „zmožnost zagotovitve delovne skupine iz lastnih kadrovskih virov" – ter 25 % točk za finančno merilo.

4 EIB je z dopisom z dne 31. oktobra 2007 vsem osebam, ki so predložile zahteve za pojasnila glede javnega razpisa, poslala seznam „Vprašanj in odgovorov“ v zvezi z zadevnim javnim razpisom.

5 Tožeča stranka je predložila ponudbo 9. novembra 2007, to je zadnji dan pred iztekom roka za sprejemanje ponudb (točka IV.3.4 obvestila o naročilu).

6 EIB je skupno prejela sedem ponudb, ki jih je preučila ocenjevalna komisija. V prvih dveh fazah postopka, in sicer v izključevalni fazi (točka 6.1 specifikacije) in izbirni fazi (točka 6.2 specifikacije), ni bila izločena nobena ponudba. V zadnji fazi, to je v fazi primerjalnega ocenjevanja ponudb in oddaje naročila (točka 7 specifikacije) – za to fazo je bilo predvideno, da bodo ponudbe, ki so prestale predhodni fazi, najprej preučene samo glede na tehnična merila, pri čemer bodo izločene tiste, ki ne dosegajo v specifikaciji določenih minimalnih pragov, ter da bodo nato ponudbe, ki niso bile izločene med tehničnim ocenjevanjem, preučene še glede na finančno merilo – je bilo z vidika zadnjenavedenega merila preučenih samo pet ponudb, med katerimi je bila tudi ponudba tožeče stranke, saj dve drugi ponudbi med tehničnim ocenjevanjem nista dosegli minimalnih pragov, določenih v specifikaciji. Ob koncu primerjalnega ocenjevanja ponudb je ocenjevalna komisija najvišjo skupno oceno dodelila ponudbi družbe Sybase BVBA (v nadaljevanju: izbrani ponudnik), ponudba tožeče stranke pa se je uvrstila na drugo mesto. EIB je 31. januarja 2008 ob upoštevanju rezultatov ocenjevanja, ki ga je izvedla ocenjevalna komisija, sprejela odločbo o nesprejetju ponudbe, ki jo je predložila tožeča stranka, in oddaji naročila izbranemu ponudniku (v nadaljevanju: izpodbijana odločba), potem ko se je na sestanku 29. januarja 2008 z njim pogovorila o nekaterih elementih njegove ponudbe.

7 EIB je 18. februarja 2008 vsem ponudnikom, razen tožeči stranki, poslala dopise, s katerimi jih je obvestila, da je bilo naročilo oddano izbranemu ponudniku.

8 EIB in izbrani ponudnik sta 12. oziroma 17. junija 2008 podpisala okvirni sporazum, ki je začel veljati 16. junija 2008.

9 Potem ko je tožeča stranka izvedela za obvestilo o oddaji naročila, ki je bilo objavljeno v Dodatku k Uradnemu listu (UL S 144) pod referenčno številko 2008/S 144-192307, je z dopisom z dne 31. julija 2008 na EIB naslovila pritožbo, v kateri je navedla, da specifikacija in pravo, ki velja za postopke javnih razpisov, nista bila spoštovana, ker ni bila pravočasno obveščena o izpodbijani odločbi. Tožeča stranka je EIB pozvala, naj prekine postopek oddaje naročila in odloži podpis okvirnega sporazuma ali po potrebi ta sporazum razveljavi. Poleg tega je zahtevala informacije o postopku javnega razpisa in zlasti o imenih izbranega ponudnika, njegovih partnerjev v skupini, ki naj bi jo ustanovil zaradi prijave na javni razpis, in njegovih podizvajalcev, o številu točk, ki je bilo za vsako merilo za oddajo dodeljeno njeni ponudbi in ponudbi izbranega ponudnika, ter o elementih primerjave med tema ponudbama, predvsem na finančni ravni, prav tako pa je zahtevala podrobne kopije poročil ocenjevalne komisije v zvezi z njeno ponudbo in ponudbo izbranega ponudnika.

10 EIB je v dopisu z dne 1. avgusta 2008 tožeči stranki opisala relativno tehtanje meril za oddajo. V njem je tudi navedla, da je bilo naročilo oddano izbranemu ponudniku, in za vsako merilo za oddajo razčlenila točke, dodeljene ponudbi tožeče stranke in ponudbi izbranega ponudnika. Pojasnila je, da je ponudba tožeče stranke prejela 22,03 točke (od 35 možnih), ponudba izbranega ponudnika pa 29,36 točke (od 35 možnih).

11 Ker je tožeča stranka menila, da je prejela le manjši del zahtevanih informacij, je istega dne na EIB naslovila nov dopis, v katerem je to banko pozvala, naj odgovori na vsa vprašanja, postavljena v dopisu z dne 31. julija, obrazloži izpodbijano odločbo in navede, ali je bil okvirni sporazum z izbranim ponudnikom že podpisan. Tožeča stranka je EIB pozvala, naj odloži podpis tega sporazuma, če še ni bil podpisan, do podrobne preučitve njene pritožbe.

12 EIB je 6. avgusta 2008 potrdila prejem dopisa tožeče stranke. V dopisu z dne 14. avgusta 2008 je priznala, da je, s tem ko ni tožeče stranke z uradnim dopisom obvestila o rezultatih primerjalnega ocenjevanja ponudb, naredila „upravno napako“, in se za to opravičila. Dodala je, da je bil postopek javnega razpisa kot celota veljaven in da upravna napaka, ki je bila storjena, ni huda nepravilnost, ki bi upravičevala odložitev podpisa okvirnega sporazuma z izbranim ponudnikom ali razveljavitev tega sporazuma.

13 Tožeča stranka je 1. septembra 2008 na EIB naslovila nov dopis, v katerem je opozorila na nekatere nepravilnosti, ki naj bi jih vseboval postopek javnega razpisa. Menila je, da je EIB zamešala merila za izbor ponudnikov in merila za oddajo naročila. Poleg tega je tožeča stranka navedla, da je EIB uporabila diskriminacijska ali nenatančna merila za oddajo, da ni izpolnila obveznosti glede pravočasnega obveščanja ponudnikov o odločbi o oddaji naročila in glede zagotovitve obdobja mirovanja, v katerem bi lahko ponudniki uveljavljali svojo pravico do vložitve pravnega sredstva, da ni uporabila dovolj preglednega postopka, da je kršila načelo enakega obravnavanja, da ni obrazložila izpodbijane odločbe in da je v okviru primerjalnega ocenjevanja ponudb uporabila metodo, ki je pripeljala do nevtraliziranja načela „ekonomsko najugodnejše ponudbe“ z dajanjem prednosti najdražjim ponudbam.

14 EIB je 10. septembra 2008 potrdila prejem dopisa tožeče stranke z dne 1. septembra 2008, pri čemer jo je obvestila, da je zadevni dopis posredovala v preučitev svojemu uradu za pritožbe in da bo tožeči stranki odgovorila najpozneje 27. oktobra 2008.

15 EIB je 27. oktobra 2008 tožeči stranki poslala dopis, v katerem jo je obvestila, da ne more več obravnavati njene pritožbe, ker je tožeča stranka 6. oktobra 2008 začela postopek pred Splošnim sodiščem.

Postopek in predlogi strank

16 Tožeča stranka je 6. oktobra 2008 v sodnem tajništvu Splošnega sodišča vložila tožbo.

17 EIB je 30. januarja 2009 vložila odgovor na tožbo.

18 Replika in duplika sta bili vloženi 15. aprila oziroma 15. junija 2009.

19 Na predlog sodnice poročevalke je Splošno sodišče (drugi senat) v okviru ukrepov procesnega vodstva iz člena 64 svojega poslovnika pozvalo EIB, naj odgovori na vprašanje, katero telo v njeni organizaciji je sprejelo izpodbijano odločbo, in mu predloži to odločbo ali kateri koli drug enakovreden dokument.

20 EIB je to zahtevo izpolnila v postavljenem roku. V dopisu, vloženem 15. decembra 2009, je navedla, da je v skladu z notranjimi pravili in praksami, ki so se uporabljali ob nastanku dejanskega stanja, izpodbijano odločbo sprejel direktor Oddelka za informacijsko tehnologijo – ta oddelek je bil nato pripojen Strateškemu in korporativnemu centru –, nato pa jo je pred podpisom okvirnega sporazuma z izbranim ponudnikom potrdil predsednik EIB. Poleg tega je predložila „zaznamek v spisu“ z dne 31. januarja 2008 z referenčno številko SCC/IT/FLA/2008-015/kr (v nadaljevanju: zaznamek z dne 31. januarja 2008), ki vsebuje odločitev navedenega direktorja o oddaji naročila izbranemu ponudniku in konsolidirani ocenjevalni list ocenjevalne komisije, priložen k navedenemu zaznamku.

21 Tožeča stranka je v dopisu, vloženem 8. januarja 2010, predstavila svoja stališča glede zaznamka z dne 31. januarja 2008. Na podlagi informacij v tem zaznamku je uveljavljala nov tožbeni razlog.

22 EIB je v dopisu, vloženem 26. januarja 2010, podala stališča glede novega tožbenega razloga, ki ga je uveljavljala tožeča stranka v dopisu, vloženem 8. januarja 2010.

23 Ker se je sestava senatov Splošnega sodišča spremenila in je bila sodnica poročevalka razporejena v četrti senat, je bila obravnavana zadeva dodeljena temu senatu.

24 Na podlagi poročila sodnice poročevalke je Splošno sodišče (četrti senat) odločilo, da začne ustni postopek.

25 Stranki sta na obravnavi 17. novembra 2010 podali ustne navedbe in odgovorili na vprašanja Splošnega sodišča.

26 Tožeča stranka Splošnemu sodišču predlaga, naj:

– izpodbijano odločbo razglasi za ničnо;

– EIB naloži povračilo škode, ki jo je tožeča stranka utrpela v okviru postopka javnega razpisa zaradi nezakonitosti izpodbijane odločbe in katere znesek je ocenjen na 1.940.000 EUR;

– EIB naloži plačilo vseh stroškov, tudi če bo tožba zavrnjena.

27 EIB Splošnemu sodišču predlaga, naj:

– ničnostno tožbo razglasi za neutemeljeno;

– odškodninski zahtevek razglasi za nedopusten ali, podredno, za neutemeljen;

– tožeči stranki naloži plačilo stroškov.

Pravo

1. *Dopustnost tožbe*

28 Uvodoma je pomembno poudariti, da, kar zadeva posebej vprašanje časovne uporabe pravil, ki urejajo pogoje dopustnosti neke tožbe, iz ustaljene sodne prakse izhaja, po eni strani, da je treba v skladu z rekom *tempus regit actum* o vprašanju dopustnosti tožbe odločiti na podlagi pravil, ki so veljala na dan vložitve tožbe (sodba Sodišča z dne 8. maja 1973 v zadevi Campogrande proti Komisiji, 60/72, Recueil, str. 489, točka 4; glej v tem smislu in po analogiji tudi sklep predsednika Sodišča z dne

22. februarja 2008 v zadevi Kozlowski, C-66/08, neobjavljen v ZOdl., točka 7), in, po drugi strani, da se pogoji dopustnosti tožbe presojajo glede na trenutek vložitve tožbe, in sicer glede na trenutek vložitve vloge (sodba Sodišča z dne 18. aprila 2002 v združenih zadevah Španija proti Svetu, C-61/96, C-132/97, C-45/98, C-27/99, C-81/00 in C-22/01, Recueil, str. I-3439, točka 23, ter sodbi Splošnega sodišča z dne 21. marca 2002 v zadevi Shaw in Falla proti Komisiji, T-131/99, Recueil, str. II-2023, točka 29, in z dne 9. julija 2008 v zadevi Alitalia proti Komisiji, T-301/01, ZOdl., str. II-1753, točka 37).

29 Ker je bila ta tožba vložena 6. oktobra 2008, je treba vprašanja v zvezi z njeno dopustnostjo presojati z vidika določb, veljavnih na ta dan, to je določb Pogodbe ES, ne pa z vidika novih ustreznih določb PDEU, ki so začele veljati 1. decembra 2009.

Pristojnost Splošnega sodišča

Trditve strank

30 Tožeča stranka trdi, da je predlog za razglasitev ničnosti izpodbijane odločbe, vložen na podlagi člena 230 ES, dopusten. Protokol o Statutu Evropske investicijske banke, priložen k Pogodbi ES (v nadaljevanju: Statut), naj ne bi vseboval celovitega mehanizma nadzora nad zakonitostjo aktov EIB. Vendar naj to ne bi pomenilo, da tak nadzor ni mogoč. V sodbi z dne 23. aprila 1986 v zadevi Les Verts proti Evropskemu parlamentu (294/83, Recueil, str. 1339, točke od 23 do 25) naj bi Sodišče razsodilo, da mora biti v Evropski skupnosti kot pravni skupnosti mogoče, da so akti vseh njenih organov, če imajo pravne učinke do tretjih oseb, predmet sodnega nadzora. Na

podlagi Pogodbe ES in Statuta naj bi bila EIB organ oziroma celo institucija Skupnosti, njeni akti, če imajo pravne učinke do tretjih oseb, pa naj bi morali biti podvrženi nadzoru zakonitosti, ki ga izvaja Sodišče. Dejstvo, da v členu 230 ES akti EIB niso izrecno navedeni, naj glede tega ne bi bilo ovira. Sodišče naj bi za ugotovitev tega, ali se člen 230 ES uporablja za akte organov in agencij Skupnosti, določilo dvojno merilo, ki naj bi temeljilo na vprašanjih, ali je zadevni organ naveden v členu 230 ES ali ne in ali so njegovi akti podvrženi zadostnemu sodnemu nadzoru ali ne.

31 Tudi EIB meni, da je predlog tožeče stranke za razglasitev ničnosti dopusten. Splošno sodišče poziva, naj jasno ugotovi svojo pristojnost za odločanje o predlogu za razglasitev ničnosti ene od odločb, ki se nanaša na zavrnitev ponudbe ene osebe in oddajo zadevnega javnega naročila drugi osebi, ter za odločanje o zahtevku za povrnitev škode, ki naj bi nastala zaradi te odločbe, saj naj bi v Luksemburgu Tribunal administratif nepravilno menilo, da je pristojno v taki zadevi, in sicer v sodbi z dne 26. septembra 2007 (št. 22447 v vpisniku), ki je bila v pritožbenem postopku potrjena s sodbo Cour administrative z dne 21. februarja 2008 (št. 23620C v vpisniku). Sodišče naj bi namreč v sodbi z dne 2. decembra 1992 v zadevi SGEEM in Etroy proti EIB (C-370/89, Recueil, str. I-6211) potrdilo svojo pristojnost za odločanje o odškodninski tožbi, ki jo je vložila neka družba in je temeljila na zatrjevani nezakonitosti odločbe EIB o tem, da tej družbi ne odda javnega naročila gradenj. Poleg tega naj bi Splošno sodišče v sodbi z dne 8. oktobra 2008 v zadevi Sogelma proti EAR (T-411/06, ZOdl., str. II-2771, točki 42 in 43) na podlagi sodbe Les Verts proti Evropskemu parlamentu (glej točko 30 zgoraj) razsodilo, da so odločbe, ki jih je v okviru postopka javnega razpisa sprejel organ Skupnosti, v navedenem primeru Evropska agencija za obnovo (EAR), in ki imajo pravne učinke do tretjih oseb, akti, ki jih je mogoče izpodbijati pred Splošnim sodiščem. Zato EIB meni, da bi morala biti kot upravni organ Skupnosti, kadar v okviru svojih postopkov javnih razpisov ali reševanja zahtev za dostop do njenih dokumentov sprejema odločbe s pravnimi učinki do tretjih oseb, obravnavana enako. Po drugi strani pa EIB trdi, da ne spada v pristojnost Splošnega sodišča, kadar opravlja posojilne dejavnosti, to je kadar nastopa na finančnih trgih enako kot vse

druge banke (sklep Splošnega sodišča z dne 26. novembra 1993 v zadevi Tête in drugi proti EIB, T-460/93, Recueil, str. II-1257, točka 20).

Presoja Splošnega sodišča

32 Stranki v tem sporu se strinjata, da je Splošno sodišče pristojno za odločanje o obravnavanem predlogu za razglasitev ničnosti. Vendar, ker je pristojnost Splošnega sodišča eno od vprašanj, na katera pazi po uradni dolžnosti, lahko Splošno sodišče po uradni dolžnosti presodi o pristojnosti (glej sodbo Splošnega sodišča z dne 15. marca 2005 v zadevi GEF proti Komisiji, T-29/02, ZOdl., str. II-835, točke od 72 do 74 in navedena sodna praksa; glej v tem smislu tudi sodbo Sodišča z dne 6. marca 1979 v zadevi Simmenthal proti Komisiji, 92/78, Recueil, str. 777, točki 21 in 22). Splošno sodišče torej ni vezano na stališče strank glede svoje pristojnosti za odločanje o tej tožbi in mora preučiti, ali bi moralo po opredelitvi strank po uradni dolžnosti ugotoviti obstoj razloga za nedopustnost tožbe, ki bi temeljil na njegovi nepristojnosti za to, da v celoti ali delno odloča o navedeni tožbi. To je toliko bolj utemeljeno v okoliščinah obravnavanega primera, v katerem je nacionalno sodišče potrdilo, da je pristojno za odločanje o zakonitosti odločbe EIB o zavrnitvi ponudbe ene osebe in dodelitvi zadevnega javnega naročila, ki ga je EIB oddala za svoj račun, drugi osebi.

33 V skladu s členi 5 ES, 10 ES, 297 ES in 307, prvi odstavek, ES ter v skladu s Pogodbo EU in zlasti členom 5 EU Sodišče izvaja svoje pristojnosti pod pogoji in v namene, predvidene z določbami pogodb ES in EU. Pristojnosti Splošnega sodišča so naštete v členu 225 ES in členu 140a AE ter natančneje opredeljene v členu 51 Statuta Sodišča.

34 Vprašanje pristojnosti Splošnega sodišča za odločanje o tožbi, ki hkrati vključuje predlog za razglasitev ničnosti akta EIB, ki posega v položaj tretje osebe, in zahtevek za povrnitev škode, ki naj bi jo navedena tretja oseba utrpela zaradi nezakonitega ravnanja EIB, je treba preučiti z vidika Statuta v različici, ki se je uporabljala ob nastanku dejanskega stanja, predvsem njegovega člena 29, prvi odstavek, ter z vidika členov 225(1) ES, 235 ES, 237 ES, 288, drugi odstavek, ES in po potrebi člena 230 ES.

35 Člen 29, prvi odstavek, Statuta določa, da „[s]pore med [EIB] na eni strani in njenimi upniki, dolžniki in drugimi [tretjimi] osebami na drugi strani rešujejo pristojna nacionalna sodišča, razen kadar je bila pristojnost prenesena na Sodišče“. Poleg tega je Sodišče priznalo, da niti Pogodba ES niti ta člen ne pomenita ovire za pristojnost Sodišča za odločanje o sporih, ki vključujejo EIB, pri čemer je dodalo, da se z zadnjenavedeno določbo izrecno pridržujejo pristojnosti, ki so nanj prenesene s Pogodbo ES (glej v tem smislu zgoraj v točki 31 navedeno sodbo SGEEM in Etroy proti EIB, točki 17 in 18).

36 V tem primeru gre za spor med EIB in družbo po grškem pravu, ki ni podvržena njegovemu nadzoru in jo je zato treba obravnavati kot tretjo osebo v smislu člena 29, prvi odstavek, Statuta. V skladu z besedilom zadnjenavedene določbe je treba odgovor na vprašanje, ali spor, kot se obravnava v tem primeru, spada v pristojnost Sodišča ali v pristojnost nacionalnih sodišč in, po potrebi, ali spada v pristojnost Sodišča ali v pristojnost Splošnega sodišča, poiskati v določbah Pogodbe ES.

37 Kar po eni strani zadeva predlog za razglasitev ničnosti izpodbijane odločbe, je vprašanje, ali je Splošno sodišče pristojno za odločanje o tem predlogu, odvisno predvsem od razlage člena 237 ES v povezavi s členom 225(1) ES, ker je člen 237 posebna določba.

38 Člen 237 ES določa:

„Sodišče je v mejah, določenih v nadaljevanju te pogodbe, pristojno v sporih glede:

(a) izpolnjevanja obveznosti držav članic v skladu s [Statutom]. V tej zvezi ima svet direktorjev [EIB] pooblastila, dodeljena Komisiji v skladu s členom 226 [ES, ki se nanaša na neizpolnjevanje obveznosti iz Pogodbe ES s strani katere od držav članic];

(b) ukrepov, ki jih je sprejel svet guvernerjev [EIB]. V tej zvezi lahko vsaka država članica, Komisija ali svet direktorjev [EIB] sproži postopek v skladu s pogoji iz člena 230 [ES];

(c) ukrepov, ki jih je sprejel svet direktorjev [EIB]. Postopke zoper takšne ukrepe lahko sprožijo samo države članice ali Komisija pod pogoji iz člena 230 [ES] in le zaradi neupoštevanja postopka, predvidenega v členu 21(2), (5), (6) in (7) [Statuta];

[…]“

39 Poleg tega iz člena 225(1) ES izhaja, da je Sodišče edino pristojno za obravnavanje in odločanje o tožbah ali postopkih iz člena 237 ES.

40 Pri preverjanju, ali izpodbijana odločba spada na področje uporabe člena 237 ES, je treba preučiti pristojnosti različnih teles EIB.

41 Člen 8 Statuta določa, da EIB upravljajo in vodijo svet guvernerjev, svet direktorjev in upravni odbor.

42 V skladu s členom 9 Statuta svet guvernerjev sprejema splošne direktive o kreditni politiki EIB in zlasti odloča o povečanju vpisanega kapitala, odobri letna poročila sveta direktorjev, letne bilance stanja in bilance uspeha ter odobri poslovnik EIB, tako da je edini pristojen za organizacijo notranjega delovanja služb, da bi se zagotovilo dobro upravljanje (sodba Sodišča z dne 10. julija 2003 v zadevi Komisija proti EIB, C-15/00, Recueil, str. I-7281, točka 67 in naslednje). Na podlagi člena 11 Statuta je svet direktorjev pooblaščen za odločanje o dodeljevanju posojil in jamstev ter najemanju posojil; določa obrestne mere za posojila in provizije za jamstva; nadzoruje, da je EIB pravilno vodena; zagotavlja skladnost poslovodstva EIB s Pogodbo ES, Statutom ter splošnimi direktivami, ki jih sprejema svet guvernerjev. V skladu s členom 11(2), sedmi pododstavek, Statuta seje sveta direktorjev vodi predsednik EIB ali v njegovi odsotnosti eden od podpredsednikov upravnega odbora, ki pa ne glasuje. V skladu s členom 13 Statuta je upravni odbor kolegijsko in stalno izvršno telo EIB. Pod vodstvom predsednika in nadzorom sveta direktorjev skrbi za tekoče poslovanje EIB ter pripravlja sklepe sveta direktorjev in zagotavlja njihovo izvajanje. Predsednik EIB predseduje sejam upravnega odbora. Člani upravnega odbora so odgovorni izključno EIB. Imenuje jih svet guvernerjev na predlog sveta direktorjev, in sicer za šest let z možnostjo ponovnega imenovanja.

43 Iz odgovora EIB na vprašanje Splošnega sodišča in iz zaznamka z dne 31. januarja 2008 je razvidno, da je izpodbijano odločbo sprejel direktor Oddelka za informacijsko tehnologijo, ki je bil nato pripojen Strateškemu in korporativnemu centru EIB. Kot navaja tožena stranka, je to odločbo potrdil tudi predsednik EIB, preden je bil 12. in 17. junija 2008 podpisan okvirni sporazum z izbranim ponudnikom (glej točko 20 zgoraj). Čeprav v spisu ni nobenega dokaza o tem, da je izpodbijano odločbo potrdil predsednik EIB, je treba za ta postopek domnevati, da je ta potrditev dokazano dejstvo, ker je tožeča stranka ne izpodbija. Če je bila torej izpodbijana odločba sprejeta „pod vodstvom" predsednika EIB, je mogoče iz tega sklepati, da je bila del „skrbi za tekoče poslovanje" EIB v smislu člena 13(3) Statuta in da je zato spadala v pristojnost upravnega odbora (glej v tem smislu zgoraj v točki 42 navedeno sodbo Komisija proti EIB, točka 66), katerega naloga je prav skrb za tekoče poslovanje EIB pod vodstvom njenega predsednika. V obravnavanem primeru namreč ni indicev, na podlagi katerih bi bilo mogoče dvomiti o tem, da oddaja javnega naročila, ki ga EIB odda za svoj račun, spada v okvir „skrbi za tekoče poslovanje".

44 Šteti je torej treba, da izpodbijana odločba ni spadala ne v pristojnost sveta guvernerjev ne v pristojnost sveta direktorjev, da zanjo ni odgovorno nobeno od teh dveh teles EIB in da zato ne spada na področje uporabe posebnih določb člena 237 ES.

45 Tako je treba preučiti še, ali lahko Splošno sodišče odloča o ničnostni tožbi, ki je bila na podlagi členov 225 ES in 230 ES vložena zoper dokončni akt EIB s pravnimi učinki do tretje osebe.

46 Prvič, opozoriti je treba, da je Skupnost taka skupnost, ki temelji na pravu, da se namreč ne države članice ne institucije ne morejo izogniti nadzoru skladnosti svojih aktov z ustavno listino, Pogodbo ES, ter da je bil s to pogodbo oblikovan celovit

sistem pravnih sredstev in postopkov, ki Sodišču omogočajo nadzor nad zakonitostjo aktov institucij (glej zgoraj v točki 42 navedeno sodbo Komisija proti EIB, točka 75 in navedena sodna praksa). To je tudi v skladu s ciljem, ki mu sledi člen 47 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah, razglašene 7. decembra 2000 v Nici (UL C 364, str. 1, v nadaljevanju: Listina), ki, čeprav pred začetkom veljavnosti Lizbonske pogodbe 1. decembra 2009 ni bila pravno zavezujoča, kaže na pomembnost z njo razglašenih pravic v pravnem redu Skupnosti (sodba Splošnega sodišča z dne 15. januarja 2003 v združenih zadevah Philip Morris International in drugi proti Komisiji, T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 in T-272/01, Recueil, str. II-1, točka 122). Na podlagi zadnjenavedenega člena ima vsakdo, ki so mu kršene pravice in svoboščine, zagotovljene s pravom Skupnosti, pravico do učinkovitega pravnega sredstva in nepristranskega sodišča. Čeprav EIB ni institucija Skupnosti, je vseeno njen organ, ki je bil ustanovljen in mu je bila podeljena pravna osebnost s Pogodbo ES, tako da je na tej podlagi podvržen nadzoru Sodišča, zlasti kot določa člen 237(b) ES (glej zgoraj v točki 42 navedeno sodbo Komisija proti EIB, točka 75 in navedena sodna praksa).

47 Drugič, upoštevati je treba dejstvo, da člen 237 ES vsebuje posebno določbo, ki se nanaša samo na nekatere spore EIB ter ima zato zgolj omejen in dopolnilen obseg v primerjavi z drugimi členi Pogodbe ES, kot je člen 236 ES (sodba Sodišča z dne 15. junija 1976 v zadevi Mills proti EIB, 110/75, Recueil, str. 955, točki 16 in 17, in zgoraj v točki 31 navedena sodba SGEEM in Etroy proti EIB, točka 17). Poleg tega je treba poudariti, da je treba člen 237 ES in člen 29, prvi odstavek, Statuta razumeti z vidika člena 267 ES, ki določa, da je naloga EIB, „da v interesu Skupnosti prispeva k uravnoteženemu in nemotenemu razvoju skupnega trga, pri čemer ima dostop do trga kapitala in uporablja lastna sredstva“, ter da „[EIB], ki posluje na nepridobitni podlagi, odobrava posojila in izdaja jamstva, ki v vseh sektorjih gospodarstva olajšujejo financiranje […] projektov“, pa tudi z vidika določb Statuta, navedenih v točki 42 zgoraj, iz katerih izhaja, da je glavna naloga upravnega odbora priprava in izvajanje sklepov o dodelitvi posojil in jamstev ali najemu posojil, ki jih sprejme svet direktorjev

v skladu s splošnimi smernicami sveta guvernerjev (glej v tem smislu in po analogiji sklepne predloge generalnega pravobranilca F. G. Jacobsa k zgoraj v točki 42 navedeni sodbi Komisija proti EIB, Recueil, str. I-7290, točke od 75 do 78). Če na podlagi določb Statuta možnost, da upravni odbor v okviru skrbi za tekoče poslovanje EIB sprejema odločbe s pravnimi učinki do tretjih oseb, ni popolnoma izključena, pa iz teh določb jasno izhaja, da take odločbe sprejema ali bi jih običajno moral sprejemati svet guvernerjev ali svet direktorjev.

48 Neobstoj sklicevanja na upravni odbor v besedilu člena 237 ES je izraz te porazdelitve pristojnosti znotraj EIB. Ker ima upravni odbor praviloma nalogo pripravljati odločbe s pravnimi učinki do tretjih oseb v smislu člena 29, prvi odstavek, Statuta, in ne naloge sprejemanja teh odločb, avtorji Pogodbe ES niso menili, da je sodni nadzor nad njegovimi akti potreben. Pri tem je mogoče izvesti primerjavo s členom 230 ES, v skladu s katerim je dokončne akte s pravnimi učinki do tretjih oseb, ki jih sprejmejo institucije in ECB, mogoče izpodbijati, ni pa mogoče izpodbijati ukrepov, ki so namenjeni zgolj pripravi sprejetja takih aktov. V tem smislu je Splošno sodišče v točki 18 sklepa Têtе in drugi proti EIB, navedenega v točki 31 zgoraj, poudarilo, da je „EIB […] ohranila svojo prvotno nalogo dodeljevanja posojil in jamstev (glej člena 129 in 130 [EGS] ter člena 198d in 198e [ES])“ ter da „[v] zvezi s tretjimi osebami, ki jim EIB ne zagotavlja posojil ali jamstev, ta banka torej ne sprejema odločb s pravnimi učinki“. Vendar to sklepanje ne more veljati v primeru, v katerem je – tako kot v obravnavani zadevi – izkazano, da je upravni odbor sprejel odločbo z dokončnimi pravnimi učinki do tretje osebe. V na pravu temelječi skupnosti, kakršna je Evropska skupnost, mora imeti zadevna oseba možnost táko odločbo izpodbijati.

49 Glede tega je treba ugotoviti, da je člen 230 ES kot splošna določba dopolnjen s posebno določbo iz člena 237 ES, ki ima zgolj omejen obseg in se ne nanaša na akte

z dokončnimi pravnimi učinki do tretjih oseb, ki jih mora sprejeti upravni odbor v okviru skrbi za tekoče poslovanje EIB v skladu s členom 13(3) Statuta, kot je izpodbijana odločba ali odločba o zavrnitvi dostopa do upravnih dokumentov EIB.

50 Tretjič, nesprejemljivo bi bilo, če bi se lahko EIB z domiselno ureditvijo svojega notranjega postopka odločanja izognila sodnemu nadzoru, ki je predpisan s Pogodbo ES, glede aktov institucij ali katerih koli drugih organov Skupnosti, ki so bili tako kot EIB ustanovljeni in jim je bila podeljena pravna osebnost s Pogodbo ES (glej v tem smislu in po analogiji zgoraj v točki 47 navedene sklepne predloge generalnega pravobranilca F. G. Jacobsa v zadevi Komisija proti EIB, točka 71). Akte, ki jih znotraj EIB formalno sprejmejo telesa, ki niso navedena v členu 237(b) in (c) ES, in sicer druga telesa kot svet guvernerjev ali svet direktorjev, mora biti torej mogoče podvreči sodnemu nadzoru, če so dokončni in imajo pravne učinke do tretjih oseb. Na podlagi členov 225 ES, 230 ES in 237 ES je bila Sodišču in v obravnavanem primeru Splošnemu sodišču med drugim podeljena pristojnost za nadzor nad zakonitostjo vsake upravne odločbe EIB, to je vsakega enostranskega akta, ki ga sprejme EIB in ima dokončne pravne učinke do tretjih oseb.

51 Četrtič, poskrbeti je treba, da se ne ogrozita s Pogodbo ES urejena funkcionalna in institucionalna samostojnost ter ugled EIB kot neodvisnega organa na finančnih trgih (sodba Sodišča z dne 3. marca 1988 v zadevi Komisija proti EIB, 85/86, Recueil, str. 1281, točke od 27 do 30, in zgoraj v točki 42 navedena sodba Komisija proti EIB z dne 10. julija 2003, točka 101 in naslednje). Sprejetje izpodbijane odločbe pa se navezuje na opravljanje dejavnosti EIB, ki so del uprave Skupnosti in ki natančneje spadajo v okvir ukrepov te uprave kot naročnika, ne pa na opravljanje dejavnosti ali poslov EIB na finančnem področju ali finančnih trgih. Zato nadzora nad zakonitostjo, ki ga lahko izvaja Splošno sodišče na podlagi členov 225(1) ES in 230 ES – čeprav je ta nadzor *a priori* obsežnejši od tistega, ki ga izvaja Sodišče nad ukrepi sveta direktorjev EIB na podlagi člena 237(c) ES – ni mogoče šteti za takega, da bi se lahko z njim ogrozila funkcionalna in institucionalna samostojnost, zagotovljena EIB zaradi

dodeljevanja posojil in jamstev ter njihovega financiranja zlasti z dostopom do trga kapitala, ali da bi se lahko z njim prizadela ugled ali verodostojnost EIB kot neodvisnega organa na finančnih trgih. Poleg tega je pomembno navesti, da EIB sama trdi, da je Splošno sodišče pristojno za odločanje o tem predlogu za razglasitev ničnosti na podlagi členov 225(1) ES in 230 ES. Tožena stranka torej ne meni, da bi se lahko z nadzorom nad zakonitostjo, ki ga izvaja Splošno sodišče v takem okviru, ogrozila njena funkcionalna in institucionalna samostojnost, ki jo uživa na podlagi Pogodbe ES in Statuta.

52 Tako je treba zaradi potrebe po popolnem nadzoru nad zakonitostjo aktov Skupnosti člena 225(1) ES in 230 ES razlagati tako, da se z njima ne izključuje pristojnost Splošnega sodišča za odločanje o ničnostni tožbi zoper akt, ki spada v okvir skrbi upravnega odbora za tekoče poslovanje EIB in ki ima dokončne pravne učinke do tretje osebe.

53 Po drugi strani, glede obravnavanega odškodninskega zahtevka je treba opozoriti, da načelo pristojnosti sodišča Unije, v tem primeru Splošnega sodišča, za odločanje o tožbi iz naslova nepogodbene odgovornosti, vloženi zoper EIB, v zakonodaji ni posebej obravnavano. Ob neobstoju posebnih določb je torej odgovor na vprašanje, ali sta Sodišče in v tem primeru Splošno sodišče pristojni za odločanje o obravnavnem odškodninskem zahtevku, vloženem zoper EIB, odvisen od razlage členov 225(1) ES, 235 ES in 288, drugi odstavek, ES.

54 Prvič, opozoriti je treba, da se je Sodišče že izreklo za pristojno za odločanje o odškodninski tožbi, vloženi zoper EIB, in sicer na podlagi členov 178 EGS in 215, drugi odstavek, EGS (postala člena 235 ES in 288, drugi odstavek, ES). Svojo pristojnost je

utemeljilo z dejstvi, da je domnevno nezakoniti akt izhajal iz izvajanja pogodbe o financiranju, ki jo je sklenila EIB kot pooblaščenka Skupnosti in za njen račun v okviru izvrševanja pristojnosti, ki so ji z nekaterimi določbami podeljene na področju dodeljevanja in upravljanja tveganega kapitala, financiranega iz proračuna Skupnosti, da je EIB sama organ, ki na podlagi Pogodbe ES spada v okvir Skupnosti, ter da je za dejanja in opustitve EIB pri izvajanju take pogodbe o financiranju odgovorna Skupnost (glej v tem smislu zgoraj v točki 31 navedeno sodbo SGEEM in Etroy proti EIB z dne 2. decembra 1992, točke 4 in od 12 do 15, in sodbo z dne 25. maja 1993 v zadevi SGEEM in Etroy proti EIB, C-370/89, Recueil, str. I-2583, točka 24). V teh okoliščinah je Sodišče opozorilo, da „je treba izraz ‚institucija', uporabljen v členu 215, drugi odstavek, Pogodbe [EGS], razumeti tako, da se ne nanaša samo na institucije Skupnosti, naštete v členu 4(1) Pogodbe [EGS], ampak da glede na sistem nepogodbene odgovornosti, določen s Pogodbo [EGS], zajema tudi organe Skupnosti, kot je [EIB]" (zgoraj v točki 31 navedena sodba SGEEM in Etroy proti EIB z dne 2. decembra 1992, točka 16).

55 Drugič, pomembno je upoštevati, da čeprav je v sistemu pravnih sredstev, uvedenem s Pogodbo ES, odškodninska tožba samostojno pravno sredstvo glede na ničnostno tožbo, to ne spremeni dejstva, da v obravnavanem primeru obstaja neposredna povezava med odškodninskim zahtevkom in predlogom za razglasitev ničnosti izpodbijane odločbe, ker je v tožbi pojasnjeno, da „odškodninski zahtevek, vložen na podlagi členov 235 ES in 288 ES, temelji na nezakonitosti izpodbijane odločbe", tako da se zdi, da je odškodninski zahtevek glede na predlog za razglasitev ničnosti stranski zahtevek. Še več, iz tožbe je razvidno, da se želi z odškodninskim zahtevkom doseči plačilo zneska, ki po višini natančno ustreza „ocenjenemu bruto dobičku, ki bi ga imela tožeča stranka […], če bi ji bilo naročilo dodeljeno", namreč pravicam, za katere je bila tožeča stranka po njenem mnenju prikrajšana zaradi izpodbijane odločbe. Torej ima odškodninski zahtevek dejansko namen doseči razveljavitev pravnih učinkov, ki jih ima izpodbijana odločba do tožeče stranke, tako da bi bil učinek tega zahtevka, če bi mu bilo ugodeno, izničenje navedenih pravnih učinkov.

56 V skladu z ustaljeno sodno prakso (sodba Sodišča z dne 26. februarja 1986 v zadevi Krohn Import-Export proti Komisiji, 175/84, Recueil, str. 753, točki 32 in 33, ter sodbi Splošnega sodišča z dne 15. marca 1995 v zadevi Cobrecaf in drugi proti Komisiji, T-514/93, Recueil, str. II-621, točka 59, in z dne 17. oktobra 2002 v zadevi Astipesca proti Komisiji, T-180/00, Recueil, str. II-3985, točka 139) je treba v fazi presoje dopustnosti – v tem primeru ničnostne tožbe in odškodninske tožbe – upoštevati obstoječo „neposredno povezavo" ali „dopolnjevanje" med tema tožbama ter stranska narava odškodninske tožbe glede na ničnostno, da bi se preprečilo umetno ločevanje izida odškodninske tožbe od izida ničnostne tožbe, glede na katero je odškodninska tožba vendarle samo stranska ali dopolnilna.

57 Tretjič, pomembno je poudariti, da ker naj bi škoda, ki naj bi jo EIB povzročila tožeči stranki, izhajala iz opravljanja dejavnosti EIB, ki so del izvajanja nalog uprave Skupnosti in ki natančneje spadajo v okvir ukrepov te uprave kot naročnika, in ker navedena škoda torej ne izhaja iz opravljanja dejavnosti ali poslov EIB na finančnem področju ali finančnih trgih, nadzora, ki bi ga morebiti moralo izvesti Splošno sodišče na podlagi členov 225(1) ES, 235 ES in 288, drugi odstavek, ES, ni mogoče obravnavati kot takega, da bi se lahko z njim ogrozila funkcionalna in institucionalna samostojnost ter ugled EIB kot neodvisnega organa na finančnih trgih. Poleg tega EIB sama trdi, da je Splošno sodišče pristojno za odločanje o tem odškodninskem zahtevku, vloženem zoper njo, na podlagi členov 225(1) ES, 235 ES in 288 ES, pri čemer nikakor ni navedla, da bi se lahko s takim nadzorom ogrozila njena funkcionalna in institucionalna samostojnost.

58 Zato je Splošno sodišče na podlagi členov 225(1) ES, 235 ES in 288, drugi odstavek, ES pristojno tudi za odločanje o odškodninskem zahtevku, vloženem zoper EIB, če je

tak zahtevek stranski zahtevek glede na dopusten predlog za razglasitev ničnosti akta EIB z dokončnimi pravnimi učinki do tretjih oseb.

59 Iz tega sledi, da je Splošno sodišče pristojno za to, da odloča o tej tožbi v celoti.

Pravni interes tožeče stranke za vložitev ničnostne tožbe zoper izpodbijano odločbo

Trditve strank

60 Ko je bilo EIB na obravnavi postavljeno vprašanje o tem, je potrdila, da je bila izpodbijana odločba izvršena, ker je bil z izbranim ponudnikom sklenjen okvirni sporazum in ker je bil ta delno izveden. Zato je menila, da ni več v položaju, v katerem bi lahko ob morebitni razglasitvi ničnosti izpodbijane odločbe kakor koli ukrepala, na primer s ponovnim odprtjem postopka javnega razpisa. Vendar je tudi pojasnila, da ne namerava izpodbijati dopustnosti te tožbe na podlagi neobstoja pravnega interesa tožeče stranke za vložitev ničnostne tožbe zoper izpodbijano odločbo. Poleg tega je navedla, da čeprav bi bilo teoretično mogoče šteti, da bi se položaj zavrnjenega ponudnika popravil s plačilom odškodnine, pogoji za izplačilo take odškodnine v obravnavanem primeru niso izpolnjeni, ker tožeča stranka zaradi izpodbijane odločbe ni utrpela nobene dejanske škode.

61 Tožeča stranka je na obravnavi navedla, da je dosegla več razglasitev delne ali popolne ničnosti odločb o oddaji, ne da bi se institucije, ki so navedene odločbe sprejele, na te razglasitve ničnosti ustrezno odzvale. Poleg tega je navedla, da ima dvojni pravni

interes za vložitev ničnostne tožbe zoper izpodbijano odločbo. Po eni strani je zatrdila, da ima, ker sodeluje v postopkih oddaje javnih naročil, interes za to, da se ugotovijo nezakonitosti izpodbijane odločbe, da bi se preprečilo ponavljanje podobnih nezakonitosti. Po drugi strani naj bi imela interes za ugotovitev navedenih nezakonitosti, da bi dosegla plačilo odškodnine.

Presoja Splošnega sodišča

62 V skladu z ustaljeno sodno prakso je ničnostna tožba fizične ali pravne osebe dopustna le takrat, kadar ima ta oseba interes za razglasitev ničnosti izpodbijanega akta, pogoj za to pa je, da ima lahko razglasitev ničnosti tega akta kot taka pravne posledice in da lahko rezultat tožbe stranki, ki jo je vložila, prinese korist (sodba Splošnega sodišča z dne 10. decembra 2009 v zadevi Antwerpse Bouwwerken proti Komisiji, T-195/08, ZOdl., str. II-4439, točka 33). Ker pogoji za dopustnost tožbe, zlasti obstoj pravnega interesa, spadajo med absolutne procesne predpostavke, mora Splošno sodišče po uradni dolžnosti preveriti, ali imajo tožeče stranke interes za razglasitev ničnosti izpodbijane odločbe (glej sklep Splošnega sodišča z dne 10. marca 2005 v zadevi Gruppo ormeggiatori del porto di Venezia proti Komisiji, T-228/00, ZOdl., str. II-787, točka 22 in navedena sodna praksa). To sodno prakso je mogoče po analogiji uporabiti za predlog za razglasitev ničnosti, vložen v okviru tožbe, ki vsebuje tudi stranski odškodninski zahtevek.

63 V obravnavanem primeru je treba po uradni dolžnosti preveriti, ali lahko morebitna razglasitev ničnosti izpodbijane odločbe tožeči stranki prinese korist, čeprav postopka javnega razpisa ne bi bilo mogoče ponovno odpreti in se v danih okoliščinah

stranki strinjata, da zaradi podpisa sporazuma o naročilu in njegove delne izvedbe tožeča stranka nima več možnosti, da bi EIB zadevno naročilo oddala njej.

64 Iz sodne prakse izhaja, da tudi če bi bila odločba o oddaji v celoti izvršena v prid drugih konkurentov, ponudnik ohrani interes za razglasitev ničnosti te odločbe, bodisi da bi dosegel, da naročnik popravi njegov položaj, bodisi da bi zagotovil, da naročnik v prihodnosti ustrezno spremeni postopke javnih razpisov, če bi bilo priznano, da so ti postopki v nasprotju z nekaterimi pravnimi zahtevami (glej v tem smislu zgoraj v točki 32 navedeno sodbo Simmenthal proti Komisiji, točka 32, in sodbo Splošnega sodišča z dne 14. oktobra 1999 v združenih zadevah CAS Succhi di Frutta proti Komisiji, T-191/96 in T-106/97, Recueil, str. II-3181, točka 63).

65 To, da je bila pogodba o izvedbi javnega naročila podpisana in celo izvedena pred razglasitvijo odločbe, s katero se konča postopek s tožbo v glavni stvari, ki jo je vložil zavrnjeni ponudnik zoper odločbo o oddaji navedenega naročila, ter da je naročnik pogodbeno vezan na izbranega ponudnika, tega naročnika – če je bilo tožbi v postopku v glavni stvari ugodeno –, namreč ne odvezuje njegove obveznosti na podlagi člena 233 ES, da sprejme ukrepe, potrebne za zagotovitev ustrezne zaščite interesov zavrnjenega ponudnika (glej v tem smislu sklep predsednika Splošnega sodišča z dne 10. novembra 2004 v zadevi European Dynamics proti Komisiji, T-303/04 R, ZOdl., str. II-3889, točka 83).

66 Kadar se na podlagi tožbe zavrnjenega ponudnika odločba o oddaji javnega naročila razglasi za nično, vendar naročnik ne more več ponovno odpreti postopka javnega razpisa v zvezi z zadevnim javnim naročilom, se lahko interesi tega ponudnika zaščitijo na primer z denarnim nadomestilom, ki ustreza izgubi možnosti za pridobitev naročila, ali če je mogoče z gotovostjo ugotoviti, da bi moralo biti naročilo oddano

navedenemu ponudniku, izgubi dobička (glej v tem smislu sklepa predsednika Splošnega sodišča z dne 2. maja 1994 v zadevi Candiotte proti Svetu, T-108/94 R, Recueil, str. II-249, točka 27, in z dne 20. julija 2000 v zadevi Esedra proti Komisiji, T-169/00 R, Recueil, str. II-2951, točka 51, ter zgoraj v točki 65 navedeni sklep European Dynamics proti Komisiji, točka 83). Iz najnovejše sodne prakse namreč izhaja, da se lahko izgubi možnosti za pridobitev javnega naročila, ki jo je utrpel ponudnik, zavrnjen v okviru navedenega javnega naročila na podlagi nezakonite odločbe, pripiše ekonomska vrednost (glej v tem smislu sklepa predsednika Splošnega sodišča z dne 25. aprila 2008 v zadevi Vakakis proti Komisiji, T-41/08 R, neobjavljen v ZOdl., točki 66 in 67 in navedena sodna praksa, ter z dne 20. januarja 2010 v zadevi Agriconsulting Europe proti Komisiji, T-443/09 R, neobjavljen v ZOdl., točke od 32 do 34 in navedena sodna praksa).

67 V obravnavanem primeru ima tožeča stranka pravni interes za vložitev ničnostne tožbe zoper izpodbijano odločbo, da bi na podlagi obveznosti, ki izhaja iz člena 233, prvi odstavek, ES, dosegla, da EIB primerno popravi njen položaj, pri čemer ima lahko ta poprava položaja po potrebi obliko denarnega nadomestila, ki ustreza izgubi možnosti tožeče stranke za pridobitev naročila. Čeprav je tožeča stranka vložila odškodninski zahtevek, ki bi lahko pripeljal do plačila denarnega zneska v obliki odškodnine, je pomembno opozoriti, da se ta zahtevek ne nanaša na izgubo možnosti za pridobitev naročila, ampak zadeva izgubo dobička, ki bi ga imela tožeča stranka, če bi izvedla naročilo (glej točko 210 spodaj). Iz tega sledi, da bi bilo mogoče ta odškodninski zahtevek zavrniti, ne da bi to vplivalo na možnost tožeče stranke, da po potrebi dobi denarno nadomestilo za izgubo možnosti za pridobitev naročila zaradi primerne poprave položaja v skladu s členom 266, drugi odstavek, PDEU.

68 Iz zgoraj navedenega izhaja, da lahko rezultat predloga za razglasitev ničnosti tožeči stranki prinese korist, tako da tožeča stranka ima pravni interes za vložitev ničnostne tožbe zoper izpodbijano odločbo.

Neizpodbijanje metode, uporabljene v okviru primerjalnega ocenjevanja ponudb, med postopkom javnega razpisa

Trditve strank

69 EIB trdi, da je izpodbijanje metode, uporabljene v okviru primerjalnega ocenjevanja ponudb, nedopustno, ker tožeča stranka te metode ni izpodbijala pravočasno, to je pred iztekom roka za predložitev ponudb.

70 Tožeča stranka predlaga zavrnitev ugovora nedopustnosti, ki ga v zvezi s tem navaja EIB.

Presoja Splošnega sodišča

71 Ta ugovor nedopustnosti se dejansko nanaša na tretji in četrti razlog za razglasitev ničnosti, s katerima tožeča stranka izpodbija zakonitost merila za oddajo, imenovanega „zmožnost zagotovitve delovne skupine iz lastnih kadrovskih virov“, ter na peti razlog za razglasitev ničnosti, s katerim tožeča stranka izpodbija zakonitost relativnega tehtanja meril za oddajo, določenega na 75 % točk za tehnična merila in 25 % točk za finančno merilo.

72 Res je, da tožeča stranka z izpodbijanjem zakonitosti metode, uporabljene v okviru primerjalnega ocenjevanja ponudb, posredno izpodbija tudi zakonitost specifikacije. Tako se v obravnavanem primeru postavlja vprašanje, ali je razpisni dokument, kot je

specifikacija, akt, ki je lahko predmet neposredne tožbe na podlagi člena 230, četrti odstavek, ES, in, torej, ali bi morala tožeča stranka zoper specifikacijo ukrepati na podlagi navedene določbe in v roku dveh mesecev, ki je določen v petem odstavku te določbe.

73 Specifikacije ni mogoče šteti za akt, ki zadeva vsakega ponudnika posamično. Specifikacija se namreč tako kot vsa razpisna dokumentacija, ki jo izda naročnik, uporablja za objektivno določene okoliščine in ima pravne učinke do splošno in abstraktno določenih kategorij oseb. Zato je splošna, dejstvo, da jo je naročnik posamično poslal ponudnikom, pa ne omogoča individualizacije vsakega od teh ponudnikov glede na katero koli drugo osebo v smislu člena 230, četrti odstavek, ES (sodba Splošnega sodišča z dne 21. maja 2008 v zadevi Belfass proti Svetu, T-495/04, ZOdl., str. II-781, točke od 36 do 42).

74 Torej je bila v obravnavanem primeru izpodbijana odločba prvi akt, ki ga tožeča stranka lahko izpodbija, in posledično prvi akt, na podlagi katerega lahko tožeča stranka posredno izpodbija zakonitost metode, uporabljene v okviru primerjalnega ocenjevanja ponudb, ki ga je EIB določila v specifikaciji.

75 Tako se EIB nepravilno sklicuje na domnevno prepozno izpodbijanje tožeče stranke v okviru te tožbe in posredno na zakonitost metode, uporabljene v okviru primerjalnega ocenjevanja ponudb, ki ga je EIB določila v specifikacijah.

76 Zato je treba ugotoviti, da so tretji, četrti in peti razlog za razglasitev ničnosti dopustni, ter zavrniti ugovor nedopustnosti, ki ga v zvezi s tem navaja EIB.

Nejasnost odškodninskega zahtevka

Trditve strank

77 EIB navaja, da je v skladu z zahtevami iz člena 44(1)(c) Poslovnika odškodninski zahtevek nedopusten, ker v obravnavanem primeru v tožbi niso navedeni trije pogoji, ki jih določa člen 288, drugi odstavek, ES za nepogodbeno odgovornost Skupnosti, in ker tožeča stranka ne trdi, da so navedeni pogoji izpolnjeni. Po mnenju EIB tožba ni dovolj natančna glede nezakonitosti, ki naj bi nastale v okviru postopka javnega razpisa, glede obstoja vzročne zveze med navedenimi nezakonitostmi in škodo, za katero tožeča stranka trdi, da jo je utrpela, ter glede narave in natančne višine zahtevane odškodnine. Zato naj bi bilo na podlagi upoštevne sodne prakse (sodba Sodišča z dne 2. decembra 1971 v zadevi Zuckerfabrik Schöppenstedt proti Svetu, 5/71, Recueil, str. 975, in sodba Splošnega sodišča z dne 23. septembra 1994 v zadevi An Taisce in WWF UK proti Komisiji, T-461/93, Recueil, str. II-733, točki 42 in 43) tak zahtevek treba zavreči kot nedopusten.

78 Tožeča stranka v bistvu meni, da člen 44(1)(c) Poslovnika ni bil kršen in da so v tožbi navedeni elementi, ki omogočajo opredelitev treh pogojev za nepogodbeno odgovornost Skupnosti, določenih v členu 288, drugi odstavek, ES.

Presoja Splošnega sodišča

79 Poudariti je treba, da mora na podlagi člena 21 Statuta Sodišča in člena 44(1)(c) Poslovnika vsaka tožba vsebovati predmet spora in kratek povzetek tožbenih razlogov.

Ti podatki morajo biti dovolj jasni in natančni, da omogočijo toženi stranki pripravo obrambe in Splošnemu sodišču, da odloči o tožbi, po potrebi brez drugih informacij v utemeljitev. Za zagotovitev pravne varnosti in učinkovitega izvajanja sodne oblasti morajo, da je tožba dopustna, bistveni elementi glede dejstev in prava, na katerih ta temelji, izhajati vsaj na kratko, vendar koherentno in razumljivo, iz besedila same tožbe (glej sodbo Splošnega sodišča z dne 3. februarja 2005 v zadevi Chiquita Brands in drugi proti Komisiji, T-19/01, ZOdl., str. II-315, točka 64 in navedena sodna praksa).

80 Da bi tožba za povrnitev škode, ki naj bi jo povzročila institucija ali kateri koli drug organ Skupnosti, zadostila tem zahtevam, mora vsebovati elemente, ki dopuščajo opredeliti ravnanje, ki ga tožeča stranka očita tej instituciji ali temu organu, razloge, zaradi katerih meni, da obstaja vzročna zveza med tem ravnanjem in škodo, ki naj bi jo utrpela, ter naravo in obseg te škode (glej sodbi Splošnega sodišča z dne 18. septembra 1996 v zadevi Asia Motor France in drugi proti Komisiji, T-387/94, Recueil, str. II-961, točka 107, in z dne 10. julija 1997 v zadevi Guérin automobiles proti Komisiji, T-38/96, Recueil, str. II-1223, točka 42, ter zgoraj v točki 79 navedeno sodbo Chiquita Brands in drugi proti Komisiji, točka 65 in navedena sodna praksa).

81 Iz tožbe izhaja, da „odškodninski zahtevek, vložen na podlagi členov 235 ES in 288 ES, temelji na nezakonitosti izpodbijane odločbe […], ki je predmet te tožbe“. Iz tega sledi, da ta zahtevek nedvomno temelji na nezakonitostih, navedenih v okviru predloga za razglasitev ničnosti. Poleg tega iz tožbe izhaja, da „tožeča stranka od EIB zahteva plačilo odškodnine, ki znaša 50 % zneska 3,88 milijona EUR, namreč 1,94 milijona EUR, kar ustreza „ocenjenemu bruto dobičku, ki bi ga imela tožeča stranka v okviru postopka oddaje javnega naročila, če bi ji bilo naročilo dodeljeno“. Iz tega sledi, da tožba vsebuje elemente, ki omogočajo opredelitev narave in obsega navajane škode. Poleg tega je tožeča stranka v tožbi pojasnila, kako je bil ta znesek izračunan. Čeprav

tožeča stranka vprašanju vzročne zveze med nezakonitostjo in škodo, ki jo navaja, ni namenila posebnega dela v tožbi, ta torej vsebuje elemente, ki omogočajo opredelitev razlogov, zaradi katerih tožeča stranka meni, da obstaja vzročna zveza med tem ravnanjem in škodo, ki naj bi jo utrpela, in sicer po njenem mnenju v obravnavanem primeru vzročna zveza izhaja iz tega, da sta ji bili z izpodbijano odločbo preprečeni pridobitev naročila in sklenitev okvirnega sporazuma o izvedbi tega naročila z EIB.

82 V teh okoliščinah je treba presoditi, da je odškodninski zahtevek dopusten, in zavrniti ugovor nedopustnosti, ki ga v zvezi s tem navaja EIB.

2. *Vsebinska presoja*

Pravo, ki se uporabi

Trditve strank

83 Tožeča stranka meni, da mora EIB v vlogi naročnika ravnati v skladu z določbami „Smernic za izvedbo javnih naročil – Smernice za izvedbo javnih naročil storitev, blaga in gradenj, ki jih [EIB] odda za svoj račun“, v različici, ki je veljala ob nastanku dejanskega stanja (v nadaljevanju: Smernice), ter spoštovati splošna načela in pravo, ki se uporabljajo za postopke javnih razpisov. Dalje, čeprav se Direktiva 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini,

poglavje 6, zvezek 7, str. 132) kot taka za postopke javnih razpisov EIB ne uporablja, naj bi iz uvoda Smernic izhajalo, da je navedena direktiva ustrezno izhodišče za presojo določb Smernic, ki so zasnovane po njenem zgledu. Poleg tega naj bi Splošno sodišče že priznalo možnost nadzora nad zakonitostjo odločbe Komisije, ki se nanaša na oddajo javnega naročila v skladu z določbami Direktive Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 322), kakor je bila spremenjena z Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta 97/52/ES z dne 13. oktobra 1997, s katero sta bili spremenjeni tudi direktivi 93/36/EGS in 93/37/EGS o usklajevanju postopkov oddaje javnih naročil blaga oziroma javnih naročil gradenj (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 3, str. 3) (sodba Splošnega sodišča z dne 12. marca 2008 v zadevi Evropaïki Dynamiki proti Komisiji, T-345/03, ZOdl., str. II-341, točka 206).

84 EIB ugovarja, da se Direktiva 2004/18 zanjo ne uporablja, in dodaja, da se sodna praksa, ki se uporablja za postopke javnega razpisa, nanjo nanaša samo, če se s to sodno prakso razlagajo določbe, ki se same uporabljajo za EIB. Iz sodne prakse (zgoraj v točki 31 navedena sodba Sogelma proti EAR, točka 115, in sodba Splošnega sodišča z dne 10. septembra 2008 v zadevi Evropaïki Dynamiki proti Komisiji, T-59/05, neobjavljena v ZOdl., točki 46 in 47) naj bi izhajalo, da se Direktiva 2004/18 in Direktiva 92/50, ki je bila razveljavljena in nadomeščena z Direktivo 2004/18, ne uporabljata za javna naročila, ki jih za svoj račun odda institucija ali organ Skupnosti, razen če je v določbah, ki se uporabljajo za to institucijo ali ta organ, izrecno določeno drugače.

Presoja Splošnega sodišča

85 Zaradi trditev strank se postavlja vprašanje, s katerimi pravili je urejena oddaja javnih naročil gradenj, blaga in storitev, ki jih EIB odda za svoj račun, odplačno in z uporabo lastnih sredstev.

86 EIB je finančno samostojna v smislu, da ima, kot določa člen 267 ES, pri delovanju „dostop do trga kapitala in uporablja lastna sredstva“ (glej v tem smislu zgoraj v točki 42 navedeno sodbo Komisija proti EIB z dne 10. julija 2003, točki 101 in 128), ne pa sredstev iz proračuna Skupnosti, čeprav mora kot pooblaščenka Skupnosti in za njen račun upravljati sredstva iz tega proračuna ter posledično del svojih dejavnosti izvaja z uporabo sredstev Skupnosti. Vendar se tožba v tem primeru nanaša na postopek javnega razpisa, ki ga EIB financira iz lastnih sredstev.

87 Za tak postopek ne veljajo določbe naslova IV drugega dela Uredbe Sveta (ES, Euratom) št. 1605/2002 z dne 25. junija 2002 o finančni uredbi, ki se uporablja za splošni proračun Evropskih skupnosti (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 1, zvezek 4, str. 74), kakor je bila spremenjena (v nadaljevanju: finančna uredba), še manj pa določbe naslova III drugega dela Uredbe Komisije (ES, Euratom) št. 2342/2002 z dne 23. decembra 2002 o določitvi podrobnih pravil za izvajanje Uredbe št. 1605/2002 (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 1, zvezek 4, str. 145), kakor je bila spremenjena (v nadaljevanju: izvedbena pravila). Te določbe se namreč uporabljajo samo za „splošni proračun Evropskih skupnosti“, v skladu s členom 88(1) finančne uredbe pa so javna naročila, urejena s to uredbo, samo pogodbe, ki se v celoti ali deloma financirajo iz navedenega splošnega proračuna (sodba Splošnega sodišča z dne 8. maja 2007 v zadevi Citymo proti Komisiji, T-271/04, ZOdl., str. II-1375, točka 121).

88 Kljub temu ostaja dejstvo, da morajo biti postopki oddaje javnih naročil EIB skladni s temeljnimi pravili Pogodbe ES in splošnimi pravnimi načeli, ki se nanašajo zlasti na prosti pretok blaga (člen 28 ES), pravico do ustanavljanja (člen 43 ES), svobodo opravljanja storitev (člen 49 ES), prepoved diskriminacije in enako obravnavanje ter preglednost in sorazmernost. Iz ustaljene sodne prakse v zvezi s postopki oddaje

javnih naročil Skupnosti namreč izhaja, da za naročnika veljajo temeljna pravila Pogodbe ES, splošna pravna načela in cilji Listine.

89 Poleg tega, čeprav so z direktivami o oddaji javnih naročil gradenj, blaga in storitev urejena samo naročila, ki jih oddajo subjekti ali naročniki držav članic, ter se te direktive ne uporabljajo neposredno za javna naročila, ki jih odda uprava Skupnosti, se je mogoče na pravila ali načela, ki so določena v teh direktivah ali izhajajo iz njih, sklicevati v postopkih zoper navedeno upravo, če so ta pravila ali načela samo poseben izraz temeljnih pravil Pogodbe ES in splošnih pravnih načel, ki se za upravo Skupnosti uporabljajo neposredno (glej v tem smislu sodbo Sodišča z dne 9. septembra 2003 v zadevi Rinke, C-25/02, Recueil, str. I-8349, točke od 25 do 28). V skupnosti, temelječi na pravu, je namreč enotna uporaba prava ena temeljnih zahtev (sodba Sodišča z dne 6. decembra 2005 v združenih zadevah ABNA in drugi, C-453/03, C-11/04, C-12/04 in C-194/04, ZOdl., str. I-10423, točka 104), vsak pravni subjekt pa mora ravnati v skladu z načelom spoštovanja zakonitosti. Institucije morajo tako spoštovati pravila Pogodbe ES in splošna pravna načela, ki se zanje uporabljajo, enako kot vsak drugi pravni subjekt (glej v tem smislu sodbo Sodišča z dne 17. decembra 1998 v zadevi Baustahlgewebe proti Komisiji, C-185/95 P, Recueil, str. I-8417, točke od 18 do 21, in zgoraj v točki 62 navedeno sodbo Antwerpse Bouwwerken proti Komisiji, točka 55). Poleg tega se je mogoče na pravila ali načela, ki so določena v teh direktivah ali izhajajo iz njih, sklicevati v postopkih zoper upravo Skupnosti, če je ta v okviru funkcionalne in institucionalne samostojnosti ter v okviru pristojnosti, ki so ji podeljene s Pogodbo ES, sprejela akt, ki za urejanje javnih naročil, ki jih navedena uprava odda za svoj račun, izrecno napotuje na nekatera pravila ali načela, določena v direktivah, ter katerega učinek je, da se navedena pravila in načela uporabljajo v skladu z načelom *patere legem quam ipse fecisti* (glej v tem smislu sodbi Sodišča z dne 11. julija 1985 v združenih zadevah Salerno in drugi proti Komisiji in Svetu, 87/77, 130/77, 22/83, 9/84 in 10/84, Recueil, str. 2523, točke 52, 56 in 57, ter z dne 29. aprila 2004 v zadevi Komisija proti CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Recueil, str. I-3801, točke od 113 do 115). Kadar zadevni akt potrebuje razlago, ga je treba, kolikor je mogoče, razlagati v smeri enotne uporabe prava Skupnosti ter skladnosti tega akta z določbami Pogodbe ES in splošnimi pravnimi načeli (glej sodbi Sodišča z dne 21. marca 1991

v zadevi Rauh, C-314/89, Recueil, str. I-1647, točka 17 in navedena sodna praksa, ter z dne 29. junija 1995 v zadevi Španija proti Komisiji, C-135/93, Recueil, str. I-1651, točka 37).

90 Iz Smernic izhaja, da se je EIB zaradi „spoštovanja temeljnih načel EU v zvezi z oddajo javnih naročil ter zlasti načel enakega obravnavanja, prepovedi diskriminacije in preglednosti“ odločila uvesti postopke javnih naročil, ki morajo omogočati „konkurenco med kvalificiranimi ponudniki ter izbor na podlagi premislekov v zvezi s ceno in kakovostjo“. Zato je EIB menila, da „[č]eprav se Direktiva [2004/18] kot taka za EIB ne uporablja, je ustrezno izhodišče za določitev postopkov [EIB]“. V točki 2.1 Smernic je med drugim določeno, da „[EIB] uporablja postopke, opisane v Direktivi [2004/18], pri oddaji naročil, ki v skladu z določbami Direktive [2004/18] niso izključena z njenega področja uporabe in katerih ocenjena skupna vrednost brez davka na dodano vrednost (DDV) je enaka naslednjima pragoma ali večja od njiju: (a) 206.000 EUR za naročila storitev […]“. Smernice vsebujejo tudi številne druge napotitve na določbe Direktive 2004/18.

91 V točkah 2.4 in 2.5 Smernic so podrobno opisane različne faze postopka javnega razpisa iz točke 2.2.1 teh smernic.

92 V zvezi s tem določajo Smernice splošna pravila s pravnimi učinki do tretjih oseb, zlasti tistih, ki se odločijo, da se bodo potegovale za javno naročilo, ki ga v celoti ali delno financira EIB iz lastnih sredstev, in pravno zavezujejo EIB, kadar se odloči oddati javno naročilo za svoj račun (glej v tem smislu in po analogiji zgoraj v točki 87 navedeno sodbo Citymo proti Komisiji, točka 122).

93 Iz zgornjih ugotovitev izhaja, da kadar EIB ukrepa z dostopom do trga kapitala in uporabo lastnih sredstev, predvsem kadar oddaja javna naročila za svoj račun, zanjo veljajo načela, navedena v točki 88 zgoraj, ter določbe Smernic, zlasti tiste, navedene v točki 91 zgoraj, kot se razlagajo v smislu načel, ki se želijo s temi določbami uveljavljati, in po potrebi določb Direktive 2004/18, na katere te določbe napotujejo.

Predlog za razglasitev ničnosti

94 V utemeljitev predloga za razglasitev ničnosti tožeča stranka v tožbi navaja pet razlogov. Prvi tožbeni razlog se v bistvu nanaša na kršitev točke 2.5.2 Smernic, načel preglednosti in enakega obravnavanja ter pravice do učinkovitega pravnega sredstva. Drugi tožbeni razlog je v bistvu povezan s kršitvijo načel preglednosti in dobrega upravljanja, obveznosti obrazložitve odločb, ki posegajo v položaj, ter pravice do učinkovitega pravnega sredstva. Tretji tožbeni razlog se v bistvu nanaša na kršitev načela sorazmernosti in obveznosti izbire meril za oddajo, ki omogočajo objektivno primerjalno ocenjevanje ponudb. Četrti tožbeni razlog se nanaša na kršitev načela enakega obravnavanja in obveznosti, da se za primerjalno ocenjevanje ponudb uporabijo merila za oddajo, ki niso zamenljiva z merili za izbor ponudnikov. Peti tožbeni razlog je povezan s kršitvijo prava, ki se uporablja za postopke javnih razpisov, pri čemer ta kršitev izhaja iz tega, da naj bi relativno tehtanje meril za oddajo pripeljalo do nevtralizacije ali minimaliziranja „cenovnega učinka“ v izpodbijani odločbi.

95 Tožeča stranka je z dopisom, vloženim 8. januarja 2010 (glej točko 21 zgoraj), navedla šesti razlog za razglasitev ničnosti izpodbijane odločbe, ki se nanaša na kršitev člena 99 finančne uredbe ter člena 148(1) in (2) izvedbenih pravil, s katerima so prepovedani vsi pogovori med naročnikom in kandidati ali ponudniki, ki bi pripeljali

do spremembe pogojev naročila ali ponudbe, ter načel enakega obravnavanja, preglednosti in prepovedi diskriminacije, kot so določena v členu 89 finančne uredbe v povezavi z njeno uvodno izjavo 18.

96 Najprej je treba skupaj preučiti prvi in drugi tožbeni razlog, ker se delno prekrivata. Nato je treba skupaj odgovoriti na tretji in četrti tožbeni razlog, za katera se zdi, da se dopolnjujeta. Nazadnje in zaradi smotrnosti je treba šesti tožbeni razlog preizkusiti pred preučitvijo petega tožbenega razloga.

Prvi in drugi tožbeni razlog

– Trditve strank

97 V okviru prvega in drugega tožbenega razloga tožeča stranka trdi, da je EIB kršila točko 2.5.2 Smernic, načela preglednosti, enakega obravnavanja in dobrega upravljanja, njeno pravico do učinkovitega pravnega sredstva ter obveznost obrazložitve odločb, ki posegajo v položaj. Najprej, EIB naj bi jo morala, takoj ko je bilo to mogoče, pisno obvestiti o izpodbijani odločbi in na svojo pobudo vsem ponudnikom brez izjeme posredovati iste informacije, pri čemer naj bi jim morala zagotoviti čas, potreben za uveljavljanje njihovih legitimnih pravic. Dalje, EIB naj bi morala tožeči stranki v petnajstih dneh od njene zahteve sporočiti ime izbranega ponudnika in razloge za zavrnitev njene ponudbe ter v zvezi z njo obrazložiti izpodbijano odločbo, tako da bi ji

zagotovila elemente primerjave, ki jih vsebuje ocenjevalno poročilo, med lastnostmi in prednostmi njene ponudbe ter lastnostmi in prednostmi ponudbe izbranega ponudnika. Nazadnje, EIB naj bi morala tožečo stranko pred vložitvijo te tožbe vsaj obvestiti o razlogih za izpodbijano odločbo, da bi ji omogočila uveljavljanje njene pravice do učinkovitega pravnega sredstva.

98 EIB predlaga, naj se prvi tožbeni razlog zavrne. Po njenem mnenju je bila objava obvestila o oddaji naročila v Uradnem listu uradno priznan način v pravnem redu Skupnosti za obvestitev tožeče stranke o izpodbijani odločbi. Dejstvo, da tožeče stranke o izpodbijani odločbi ni obvestila posebej, naj bi bila upravna napaka njenih služb. Vendar naj bi te službe nemudoma, in sicer 1. avgusta 2008, odgovorile na zahtevo tožeče stranke za pojasnila z dne 31. julija 2008. V skladu s sodno prakso naj očitek v zvezi z opustitvijo obvestitve nikakor ne bi mogel uspeti, ker naj bi bila tožeča stranka na dan vložitve te tožbe, to je 6. oktobra 2008, seznanjena z obrazložitvijo izpodbijane odločbe. Enako naj ne bi bilo mogoče ugotoviti nobene kršitve načela enakega obravnavanja, ker naj zatrjevana nezakonitost ne bi vplivala na izpodbijano odločbo glede na to, da je ocenjevalna komisija z vidika meril za oddajo nedvomno menila, da je ponudba izbranega ponudnika precej boljša od ponudbe tožeče stranke.

99 EIB predlaga zavrnitev tudi drugega tožbenega razloga. Trdi, da je pravno zadostno obrazložila izpodbijano odločbo ter da je uporabila postopek, skladen z določbami Smernic in sodno prakso, ki se uporablja za postopke javnih razpisov. V skladu s sodno prakso in točko 2.5.2 Smernic naj bi tožeča stranka z dopisom z dne 1. avgusta 2008 prejela obrazloženo pojasnilo o lastnostih in relativnih prednostih izbrane ponudbe ter podatek o imenu izbranega ponudnika, tako da naj bi bila izpodbijana odločba zadostno obrazložena, da lahko tožeča stranka uveljavlja svoje pravice, Splošno sodišče pa izvede nadzor ob upoštevanju posebnih okoliščin obravnavanega primera. Iz navedenega dopisa naj bi bilo jasno razvidno, da je ponudba izbranega ponudnika

za vsa merila za oddajo, razen za finančno merilo, prejela dvakrat višjo oceno kot ponudba tožeče stranke. Čeprav je tožeča stranka v okviru finančnega merila prejela višjo oceno kot izbrani ponudnik, naj to ne bi bilo odločilno, ker je relativna utež tega merila 25 % točk skupne ocene.

– Presoja Splošnega sodišča

100 Ker ima uprava Skupnosti široko diskrecijsko pravico, je upoštevanje jamstev, ki jih pravni red Skupnosti določa za upravne postopke, še pomembnejše. Med temi jamstvi je zlasti obveznost navedene uprave, da odločitve zadostno obrazloži. Samo tako lahko sodišče Skupnosti preveri, ali so bili podani dejanski in pravni elementi, od katerih je odvisno izvrševanje diskrecijske pravice (sodba Sodišča z dne 21. novembra 1991 v zadevi Technische Universität München, C-269/90, Recueil, str. I-5469, točka 14, in sodba Splošnega sodišča z dne 5. marca 2002 v zadevi Le Canne proti Komisiji, T-241/00, Recueil, str. II-1251, točka 53). Iz ustaljene sodne prakse pa izhaja, da ima ta uprava široko diskrecijsko pravico glede dejavnikov, ki jih je treba upoštevati za sprejetje odločbe o oddaji naročila na podlagi razpisa (sodbi Splošnega sodišča z dne 27. septembra 2002 v zadevi Tideland Signal proti Komisiji, T-211/02, Recueil, str. II-3781, točka 33, in z dne 6. julija 2005 v zadevi TQ3 Travel Solutions Belgium proti Komisiji, T-148/04, ZOdl., str. II-2627, točka 47; glej v tem smislu tudi sodbo Sodišča z dne 23. novembra 1978 v zadevi Agence européenne d'intérims proti Komisiji, 56/77, Recueil, str. 2215, točka 20).

101 Prvič, preučiti je treba očitke tožeče stranke, da je EIB kršila določbe točke 2.5.2 Smernic, ker je ni v najkrajšem možnem času obvestila o sprejetju izpodbijane odločbe.

102 Iz točke 2.5.2 Smernic, ki se nanaša na „[s]tik[e] med [EIB] ter kandidati in ponudniki“, izhaja, da „[EIB] v najkrajšem možnem času obvesti vse zadevne stranke o sprejetju odločbe v okviru postopka oddaje javnega naročila“.

103 EIB je pred Splošnim sodiščem in v dopisu tožeči stranki z dne 14. avgusta 2008 priznala, da „[t]ožeča stranka uradnega dopisa z informacijami o izidu postopka javnega razpisa ni prejela pravočasno“, in pojasnila, da je „po podrobni preiskavi na podlagi pritožbe tožeče stranke odkrila, da je bila ta opustitev posledica upravne napake“. Poleg tega je EIB priznala, da so bili vsi ponudniki „z nesrečno izjemo [t]ožeče stranke“ o sprejetju izpodbijane odločbe obveščeni z dopisom z dne 18. februarja 2008. Ni sporno, da je tožeča stranka za izpodbijano odločbo izvedela šele z objavo obvestila o oddaji v Dodatku k Uradnemu listu 26. julija 2008, kar je več kot en mesec po podpisu okvirnega sporazuma 12. oziroma 17. junija 2008 ter njegovem začetku veljavnosti 16. junija 2008.

104 V obravnavanem primeru je EIB torej kršila določbe točke 2.5.2 Smernic, ker tožeče stranke ni obvestila o sprejetju izpodbijane odločbe v najkrajšem možnem času.

105 Drugič, preučiti je treba očitke tožeče stranke, da je EIB kršila določbe točke 2.5.2 Smernic in obveznost obrazložitve odločb, ki posegajo v položaj, ker tožeči stranki ni sporočila lastnosti in relativnih prednosti izbrane ponudbe ter imena izbranega ponudnika najpozneje v 15 dneh po prejemu njene pisne zahteve oziroma najkasneje pred vložitvijo njene tožbe.

106 V točki 2.5.2 Smernic je med drugim določeno, da „[EIB] na zahtevo zadevne stranke v 15 dneh po prejemu njene pisne zahteve obvesti: […] vsakega ponudnika, ki je oddal sprejemljivo ponudbo, o lastnostih in relativnih prednostih izbrane ponudbe ter o imenu izbranega ponudnika ali strank okvirnega sporazuma […]“.

107 Tak postopek je skladen z namenom obveznosti obrazložitve, določene v členu 253 ES, v skladu s katerim mora biti obrazložitev odločbe, ki posega v položaj, taka, da sodišču omogoča izvedbo nadzora nad njeno zakonitostjo, zadevni osebi pa seznanitev z utemeljitvijo sprejetega ukrepa, da bi lahko zaščitila svoje pravice in preverila, ali je odločba utemeljena ali ne (glej po analogiji sodbe Splošnega sodišča z dne z dne 24. januarja 1992 v zadevi La Cinq proti Komisiji, T-44/90, Recueil, str. II-1, točka 42 in navedena sodna praksa; z dne 8. maja 1996 v zadevi Adia Interim proti Komisiji, T-19/95, Recueil, str. II-321, točka 32, in z dne 12. julija 2007 v zadevi Evropaïki Dynamiki proti Komisiji, T-250/05, neobjavljena v ZOdl., točki 68 in 69). V okviru postopkov javnih razpisov dejstvo, da zainteresirani ponudniki obrazloženo odločbo prejmejo šele v odgovor na izrecno zahtevo, ne pomeni nikakršne omejitve njihove možnosti, da svoje pravice uveljavljajo pred Splošnim sodiščem. Rok za vložitev tožbe, določen v členu 230, peti odstavek, ES, začne namreč teči šele, ko je ponudnik uradno obveščen o obrazloženi odločbi, pod pogojem, da je zahtevo za pridobitev te odločbe predložil v razumnem času po seznanitvi z zavrnitvijo njegove ponudbe (glej zgoraj navedeno sodbo Adia Interim proti Komisiji, točka 33 in navedena sodna praksa).

108 Glede na široko diskrecijsko pravico, ki jo ima naročnik v okviru postopkov javnih razpisov, mora zavrnjenim ponudnikom, ki to zahtevajo, zagotoviti zadostno obrazložitev, kar pomeni, da skrbno pazi, da razlogi, ki jih navede, vsebujejo vse dejavnike, na katere je oprl svojo odločitev (glej v tem smislu zgoraj v točki 84 navedeno sodbo Evropaïki Dynamiki proti Komisiji z dne 10. septembra 2008, točka 134).

109 Spoštovanje obveznosti obrazložitve je treba presojati na podlagi informacij, ki jih je tožeča stranka imela na voljo ob vložitvi tožbe (sodbi Splošnega sodišča z dne 25. februarja 2003 v zadevi Strabag Benelux proti Svetu, T-183/00, Recueil, str. II-135, točka 58, in v zadevi Renco proti Svetu, T-4/01, Recueil, str. II-171, točka 96). Po drugi strani iz ustaljene sodne prakse izhaja, da obrazložitve ni mogoče prvič in naknadno navesti šele pred sodiščem Skupnosti, razen v izjemnih okoliščinah (glej sodbo Splošnega sodišča z dne 20. maja 2009 v zadevi VIP Car Solutions proti Parlamentu, T-89/07, ZOdl., str. II-1403, točka 76 in navedena sodna praksa).

110 Ni sporno, da je tožeča stranka z dopisom z dne 31. julija 2008 predložila zahtevo, da se jo obvesti o lastnostih in relativnih prednostih izbrane ponudbe ter o imenu izbranega ponudnika. EIB trdi, da je na to zahtevo odgovorila z dopisom z dne 1. avgusta 2008. Ko je po prejemu zadnjenavedenega dopisa tožeča stranka z dopisom z dne 1. avgusta 2008 še enkrat zahtevala pojasnila, je EIB v dopisu z dne 14. avgusta 2008 tožeči stranki odgovorila, da ji je že zagotovila kar najizčrpnejši odgovor, in jo napotila na odločbo o oddaji, objavljeno v Uradnem listu. Ne iz spisa ne iz trditev strank ne izhaja, da bi EIB pred vložitvijo te tožbe razloge za izpodbijano odločbo tožeči stranki sporočila drugače kot na zgoraj opisani način.

111 Iz tega sledi, da je treba obrazložitev izpodbijane odločbe, ki jo je EIB zagotovila tožeči stranki pred vložitvijo njene tožbe in v odgovor na njeno zahtevo z dne 31. julija 2008, poiskati v besedilu dopisa EIB z dne 1. avgusta 2008, okoliščinah tega dopisa in vseh pravnih pravilih, s katerimi je urejeno zadevno področje, ker je bila ta odločba poslana v petnajstih dneh po prejemu zahteve tožeče stranke.

112 Iz dopisa z dne 1. avgusta 2008 je razvidno, da je EIB tožeči stranki sporočila podatke o imenu izbranega ponudnika, relativnem tehtanju meril za oddajo in razčlenitvi točk, ki so bile po primerjalnem ocenjevanju ponudb dodeljene ponudbi tožeče stranke oziroma ponudbi izbranega ponudnika. V tem dopisu je bilo navedeno, da je ponudba tožeče stranke prejela 22,03 točke (od 35 možnih), pri čemer so bile točke razdeljene tako: 8,75 točke (od 8,75 možnih) za finančno merilo, 2,85 točke (od 5,25 možnih) za tehnično merilo, imenovano „proces upravljanja kakovosti“, 7,43 točke (od 15,75 možnih) za tehnično merilo, imenovano „raven skladnosti usposobljenosti in kvalifikacij predlaganega osebja“, ter 3 točke (od 5,25 možnih) za tehnično merilo, imenovano „zmožnost zagotovitve delovne skupine iz lastnih kadrovskih virov“, medtem ko je ponudba izbranega ponudnika prejela 29,36 točke (od 35 možnih), pri čemer so bile točke razdeljene tako: 5,29 točke (od 8,75 možnih) za finančno merilo,

4,12 točke (od 5,25 možnih) za tehnično merilo, imenovano „proces upravljanja kakovosti“, 15,3 točke (od 15,75 možnih) za tehnično merilo, imenovano „raven skladnosti usposobljenosti in kvalifikacij predlaganega osebja“, ter 4,12 točke (od 5,25 možnih) za tehnično merilo, imenovano „zmožnost zagotovitve delovne skupine iz lastnih kadrovskih virov“.

113 Informacije, ki jih je EIB zagotovila v obliki številčne razčlenitve točk, so tožeči stranki omogočale, da za vsako merilo za oddajo neposredno primerja točke, ki jih je prejela njena ponudba, s tistimi, ki jih je dobila ponudba izbranega ponudnika, saj EIB tožeči stranki ni sporočila samo skupne ocene, ki jo je prejela vsaka od zadevnih ponudb. Zlasti so te informacije tožeči stranki omogočale takojšnjo opredelitev natančnih razlogov, zaradi katerih njena ponudba ni bila izbrana, in sicer da je bila po primerjalnem ocenjevanju ponudb skupna ocena njene ponudbe nižja od tiste, ki jo je dobila ponudba izbranega ponudnika, kajti čeprav je ponudba tožeče stranke prejela najvišjo oceno za finančno merilo, to glede na relativne uteži meril za oddajo, ki jih je uporabila EIB, ni moglo odtehtati ocen, ki jih je njena ponudba dobila za vsako od treh tehničnih meril za oddajo in ki so bile nižje od ocen ponudbe izbranega ponudnika.

114 Ker pa gre za postopek javnega razpisa, v okviru katerega je bila tožeča stranka najugodnejša v smislu, da je predložila najcenejšo ponudbo od vseh, ki so bile primerjane, in je bila torej njena ponudba zavrnjena samo zato, ker je bila tehnična vrednost te ponudbe relativno slabše ocenjena od tehnične vrednosti ponudbe izbranega ponudnika, je treba ugotoviti, da se ta obrazložitev, čeprav bi lahko pomenila začetek pojasnila, ne more obravnavati kot zadostna z vidika zahteve, v skladu s katero mora biti iz obrazložitve jasno in nedvoumno razvidno utemeljevanje institucije, ki je akt sprejela (glej v tem smislu zgoraj v točki 109 navedeno sodbo VIP Car Solutions proti Parlamentu, točki 75 in 76). Dopis z dne 1. avgusta 2008 namreč ne vsebuje informacij o razlogih, s katerimi so bile po mnenju EIB utemeljene ocene, ki so bile za tehnična merila dodeljene ponudbi tožeče stranke oziroma ponudbi izbranega ponudnika. Poleg tega ocen, navedenih v tem dopisu, niso spremljale splošne pripombe, s katerimi bi se

pojasnili razlogi, zakaj je EIB za vsako tehnično merilo ponudbi izbranega ponudnika dodelila več točk kot ponudbi tožeče stranke, in na podlagi katerih bi se obrazložitev izpodbijane odločbe lahko štela za zadostno (glej v tem smislu zgoraj v točki 84 navedeno sodbo Evropaïki Dynamiki proti Komisiji z dne 10. septembra 2008, točka 129, in sodbo Splošnega sodišča z dne 9. septembra 2009 v zadevi Brink's Security Luxembourg proti Komisiji, T-437/05, ZOdl., str. II-3233, točka 169).

115 Res je, da je EIB med postopkom pojasnila razloge, na podlagi katerih je sprejela izpodbijano odločbo, pri čemer je zlasti navedla, da je bila pri tehničnem merilu, imenovanem „raven skladnosti usposobljenosti in kvalifikacij predlaganega osebja", ter tehničnem merilu, imenovanem „zmožnost zagotovitve delovne skupine iz lastnih kadrovskih virov", „glavna težava izkušenost (ali prej neizkušenost) svetovalcev tožeče stranke v bančnem/finančnem sektorju" in da je bila v zvezi s tehničnim merilom, imenovanim „proces upravljanja kakovosti", ponudba izbranega ponudnika „konkretnejša" od ponudbe tožeče stranke, pri kateri „se je zdelo, da zajema vse zahtevane vidike, vendar […] je bila opisana precej splošno in zapleteno". Vendar to ne more odtehtati nezadostnosti prvotne obrazložitve izpodbijane odločbe. EIB ni namreč navedla nobene izjemne okoliščine, s katero bi upravičila dejstvo, da tožeči stranki ni zagotovila zadostne obrazložitve v petnajstih dneh po prejemu njene zahteve in v vsakem primeru pred vložitvijo njene tožbe.

116 Iz vseh zgornjih ugotovitev izhaja, da je izpodbijana odločba nezadostno obrazložena in da je bila tako z njo kršena točka 2.5.2 Smernic, splošneje pa obveznost obrazložitve, določena v členu 253 ES.

117 Tretjič, preučiti je treba očitke tožeče stranke, ki se nanašajo na kršitev pravice do učinkovitega pravnega sredstva ter na kršitev načel enakega obravnavanja, preglednosti in dobrega upravljanja.

118 Najprej, glede zatrjevane kršitve načela pravice do učinkovitega pravnega sredstva je treba opozoriti, da je dostop do sodišča eden od konstitutivnih elementov na pravu temelječe skupnosti in da je zajamčen v pravnem redu, ki temelji na Pogodbi ES, tako da je bil v Pogodbi ES uveden celovit sistem pravnih sredstev in postopkov, ki so namenjeni temu, da ima Sodišče nadzor nad zakonitostjo aktov uprave Skupnosti (zgoraj v točki 30 navedena sodba Les Verts proti Evropskemu parlamentu, točka 23). Poleg tega Sodišče pravico do učinkovitega pravnega sredstva pred pristojnim sodiščem utemeljuje na skupnih ustavnih tradicijah držav članic ter na členih 6 in 13 Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, podpisane 4. novembra 1950 v Rimu (sodbi Sodišča z dne 15. maja 1986 v zadevi Johnston, 222/84, Recueil, str. 1651, točka 18, in z dne 9. februarja 2006 v združenih zadevah Sfakianakis, od C-23/04 do C-25/04, ZOdl., str. I-1265, točka 28; zgoraj v točki 46 navedena sodba Philip Morris International proti Komisiji, točka 121). Končno, pravica do učinkovitega pravnega sredstva za vsakogar, katerega pravice in svoboščine, ki jih zagotavlja pravo Skupnosti, so bile kršene, je bila razglašena tudi v členu 47 Listine.

119 Poleg tega je treba v okviru postopkov javnih razpisov ponudnike zaščititi pred samovoljnim ravnanjem naročnikov, tako da se zagotovi, da se lahko nezakonite odločitve, ki jih ti sprejmejo, učinkovito in čim hitreje preizkusijo (glej v tem smislu in po analogiji sodbo Sodišča z dne 23. decembra 2009 v zadevi Komisija proti Irski, C-455/08, neobjavljena v ZOdl., točka 26).

120 Popolno pravno varstvo ponudnikov pred samovoljnim ravnanjem naročnikov torej najprej predpostavlja obveznost, da so vsi ponudniki o odločbi o oddaji naročila obveščeni pred sklenitvijo pogodbe, da bi dejansko imeli možnost vložiti tožbo za razglasitev ničnosti te odločbe, kadar so izpolnjeni s tem povezani pogoji.

121 To popolno pravno varstvo dalje zahteva, da se predvidi možnost, da zavrnjeni ponudnik pravočasno preuči veljavnost odločbe o oddaji, kar pomeni, da mora med trenutkom, ko so zavrnjeni ponudniki obveščeni o odločbi o oddaji, in podpisom pogodbe

preteči razumen čas, predvsem zato, da bi lahko ti ponudniki vložili predlog za izdajo začasne odredbe na podlagi členov 242 ES in 243 ES v povezavi s členom 225(1) ES, da bi sodnik, pristojen za izdajo take odredbe, odredil odlog izvršitve izpodbijane odločbe, dokler se ne bi sodišče, ki odloča o glavni stvari, opredelilo do njihove glavne tožbe za razglasitev ničnosti te odločbe (glej v tem smislu in po analogiji sodbi Sodišča z dne 24. junija 2004 v zadevi Komisija proti Avstriji, C-212/02, neobjavljena v ZOdl., točki 21 in 23 in navedena sodna praksa, ter zgoraj v točki 119 navedeno sodbo Komisija proti Irski, točki 27 in 28 in navedena sodna praksa). Pravica do popolnega in učinkovitega sodnega varstva namreč pomeni, da je lahko upravičencem zagotovljeno začasno varstvo, če je to potrebno za zagotovitev polne učinkovitosti bodoče odločbe o glavni stvari, saj bi sicer v pravnem varstvu, ki ga zagotavljajo pristojna sodišča, nastale vrzeli (glej sklepa predsednika Sodišča z dne 3. maja 1996 v zadevi Nemčija proti Komisiji, C-399/95 R, Recueil, str. I-2441, točka 46 in navedena sodna praksa, ter z dne 23. februarja 2001 v zadevi Avstrija proti Komisiji, C-445/00 R, Recueil, str. I-1461, točka 111 in navedena sodna praksa).

122 In končno, za izpolnjevanje zahteve po popolnem in učinkovitem sodnem varstvu je potrebno, da naročnik spoštuje svojo obveznost obrazložitve (glej točko 108 zgoraj), tako da vsem zavrnjenim ponudnikom, ki to zahtevajo, zagotovi zadostno obrazložitev, da ti lahko uveljavljajo to pravico v kar najboljših okoliščinah in da imajo možnost, da se ob poznavanju vseh okoliščin zadeve odločijo, ali je smiselno, da se obrnejo na pristojno sodišče. Obrazložitev izpodbijane odločbe je namreč bistvena postopkovna zahteva, katere namen je zlasti zagotoviti pravico osebe, v katere položaj ta akt posega, do učinkovitega pravnega sredstva (glej v tem smislu sodbi Sodišča z dne 28. oktobra 1975 v zadevi Rutili, 36/75, Recueil, str. 1219, točke od 37 do 39, in z dne 15. oktobra 1987 v zadevi Heylens in drugi, 222/86, Recueil, str. 4097, točki 15 in 16).

123 V obravnavanem primeru postopek javnega razpisa teh zahtev ni izpolnjeval. Po eni strani namreč tožeča stranka o izpodbijani odločbi ni bila obveščena, temveč je zanjo izvedela, ko so bili učinki te odločbe zaradi podpisa in začetka veljavnosti okvirnega sporazuma načelno že izčrpani. Čeprav je EIB na obravnavi zatrdila, da lahko tožeča stranka po podpisu okvirnega sporazuma še vedno vloži predlog za odložitev

izvršitve izpodbijane odločbe, ni odgovorila na trditev tožeče stranke, prav tako podano na obravnavi, da tak predlog po podpisu okvirnega sporazuma in začetku njegovega izvajanja ne bi imel več nobenega koristnega učinka. Poleg tega je treba upoštevati, da je EIB sama priznala, da zaradi izvršitve izpodbijane odločbe s podpisom in poznejšim izvajanjem okvirnega sporazuma ne bi mogla sprejeti vseh ukrepov, ki bi izhajali iz morebitne razglasitve ničnosti izpodbijane odločbe, pri čemer zlasti ne bi mogla ponovno odpreti postopka javnega razpisa (glej točko 60 zgoraj). Tako je bila v obravnavanem primeru možnost tožeče stranke za to, da vloži tak predlog za odložitev izvršitve še pred podpisom in začetkom veljavnosti okvirnega sporazuma, nujna, da bi lahko tožeča stranka zagotovila učinkovitost svoje tožbe v postopku v glavni stvari, katere namen sta bila nadzor nad nepristranskostjo postopka javnega razpisa in ohranitev njenih možnosti, da ji EIB ob koncu navedenega postopka odda naročilo. Po drugi strani EIB, kot je bilo že ugotovljeno (glej točko 116 zgoraj), tožeči stranki ni zagotovila zadostne obrazložitve izpodbijane odločbe, preden je tožeča stranka vložila tožbo v postopku v glavni stvari, s katero želi doseči predvsem razglasitev ničnosti te odločbe.

124 Iz tega sledi, da je EIB v obravnavanem primeru kršila pravico tožeče stranke do učinkovitega pravnega sredstva.

125 Dalje, glede zatrjevane kršitve načel enakega obravnavanja in preglednosti iz ustaljene sodne prakse v zvezi s postopki javnih razpisov izhaja, da je naročnik dolžan spoštovati načelo enakega obravnavanja ponudnikov, ki je le poseben izraz načela enakega obravnavanja (glej v tem smislu sodbo Sodišča z dne 13. oktobra 2005 v zadevi Parking Brixen, C-458/03, ZOdl., str. I-8585, točki 46 in 48 in navedena sodna praksa). V skladu z ustaljeno sodno prakso je naročnik v vsaki fazi postopka javnega razpisa zavezan spoštovati načelo enakega obravnavanja ponudnikov (zgoraj v točki 89 navedena sodba Komisija proti CAS Succhi di Frutta, točka 108, in sodba Splošnega sodišča z dne 17. decembra 1998 v zadevi Embassy Limousines & Services proti

Parlamentu, T-203/96, Recueil, str. II-4239, točka 85) in posledično tudi načelo enakih možnosti vseh ponudnikov (zgoraj v točki 107 navedena sodba Evropaïki Dynamiki proti Komisiji z dne 12. julija 2007, točka 45). Kot določa sodna praksa, načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva med drugim vključujeta obveznost preglednosti, v skladu s katero je treba v korist vseh morebitnih ponudnikov zagotoviti ustrezno stopnjo javnosti, ki javno naročilo odpre konkurenci in omogoča nadzor nad nepristranskostjo postopkov oddaje (sodba Sodišča z dne 7. decembra 2000 v zadevi Telaustria in Telefonadress, C-324/98, Recueil, str. I-10745, točka 62, in zgoraj navedena sodba Parking Brixen, točka 49).

126 V tem primeru ni sporno, da je EIB druge zavrnjene ponudnike nemudoma obvestila o izpodbijani odločbi, in to precej pred podpisom okvirnega sporazuma, s čimer je tem ponudnikom zagotovila možnost, ki jo je nezakonito odvzela tožeči stranki (glej točko 123 zgoraj), da do podpisa okvirnega sporazuma pri sodniku, pristojnem za izdajo začasne odredbe, vložijo predlog za odložitev izvršitve izpodbijane odločbe, da bi se ohranila učinkovitost tožbe v postopku v glavni stvari, katere namen je nadzor nad nepristranskostjo postopka javnega razpisa.

127 Iz tega sledi, da je EIB s tem, da je posegla v pravico tožeče stranke do učinkovitega pravnega sredstva zoper izpodbijano odločbo, medtem ko so drugi zavrnjeni ponudniki táko pravico imeli, v obravnavanem primeru kršila načeli enakega obravnavanja in preglednosti.

128 Nazadnje, glede zatrjevane kršitve načela dobrega upravljanja iz sodne prakse izhaja, da lahko to načelo pomeni pravno pravilo, katerega namen je zagotoviti pravice posameznikom, če je navedeno načelo izraz posebnih pravic (sodba Splošnega sodišča z dne 13. novembra 2008 v zadevi SPM proti Svetu in Komisiji, T-128/05, neobjavljena v ZOdl., točka 127).

129 Ker iz zgornjih ugotovitev izhaja, da je EIB posegla v varovane pravice tožeče stranke, ko je ni v najkrajšem možnem času obvestila o izpodbijani odločbi in ji – v petnajstih dneh po prejemu njene zahteve in pred vložitvijo njene tožbe – ni posredovala zadostne obrazložitve te odločbe, je EIB s tem, da je posegla v pravico tožeče stranke do učinkovitega pravnega sredstva zoper izpodbijano odločbo, kršila tudi načelo dobrega upravljanja.

130 Na podlagi sodne prakse Sodišča se lahko za bistvene štejejo tiste postopkovne zahteve, ki so zasnovane zato, da se za ukrepe določijo vsa jamstva preudarnosti in previdnosti (sodba Sodišča z dne 21. marca 1955 v zadevi Nizozemska proti Visoki oblasti, 6/54, Recueil, str. 201, 220). V okviru oddaje javnega naročila je treba šteti, da sta pravica zavrnjenega ponudnika do učinkovitega pravnega sredstva zoper odločbo, s katero se javno naročilo oddaja drugemu ponudniku, in s tem povezana obveznost naročnika, da zavrnjenemu ponudniku na zahtevo posreduje obrazložitev svoje odločbe, bistveni postopkovni zahtevi v smislu zgoraj navedene sodne prakse, saj za pripravo odločbe o oddaji določata jamstva, ki omogočajo izvajanje učinkovitega nadzora nad nepristranskostjo postopka javnega razpisa, ki je pripeljal do te odločbe.

131 V skladu s sodno prakso, ki se nanaša na kršitve bistvenih postopkovnih zahtev, je treba ugotoviti, da mora dejstvo, da EIB v zvezi z izpodbijano odločbo ni upoštevala bistvenih postopkovnih zahtev, pripeljati do razglasitve ničnosti te odločbe (glej v tem smislu sodbo Sodišča z dne 30. marca 1995 v zadevi Parlament proti Svetu, C-65/93, Recueil, str. I-643, točka 21).

132 Glede na zgornje ugotovitve je treba prvi in drugi tožbeni razlog sprejeti.

Tretji in četrti tožbeni razlog

– Trditve strank

133 V okviru tretjega tožbenega razloga tožeča stranka trdi, da je EIB z uporabo merila za oddajo, imenovanega „zmožnost zagotovitve delovne skupine iz lastnih kadrovskih virov“, kršila načelo sorazmernosti in obveznost izbire meril za oddajo, ki omogočajo objektivno primerjalno ocenjevanje ponudb. Z navedenim merilom za oddajo naj bi se ponudnikom preprečevalo uveljavljanje njihove legitimne pravice do uporabe podizvajalcev. Poleg tega naj bi bilo to merilo oblikovano preveč nenatančno, da bi lahko ponudniki razbrali optimalno zmožnost, ki bi jo morali ponuditi za pridobitev najvišje mogoče ocene. Na seznamu „Vprašanj in odgovorov“ naj bi vprašanje o najvišji mogoči ravni „zmožnosti zagotovitve delovne skupine“ in odgovor EIB na to vprašanje, da „ni določila optimalnega števila“, dokazovala, da ponudniki niso mogli vedeti in tudi niso vedeli, kaj morajo storiti ali lahko storijo, da bi predložili najboljšo ponudbo glede na to merilo, ter da je „optimalno število“ določila ocenjevalna komisija v fazi primerjalnega ocenjevanja ponudb. Tak postopek naj bi imel učinek izkrivljanja konkurence med ponudniki v korist izbranega ponudnika, to je obstoječega izvajalca, ki naj bi imel posebna informacijska orodja, ki jih uporablja EIB, ali ponudnikov, ki imajo zadostne zmogljivosti, da se jim ni treba obračati na skupino zunanjih strokovnjakov, ki bi jih bilo mogoče zbrati v primeru pridobitve naročila. V nasprotju s trditvami EIB naj posebna informacijska orodja, ki jih ima izbrani ponudnik, ne bi bila posebej razširjena, ker naj bi bil tržni delež teh orodij samo 3-odstoten in naj bi njihova uporaba prej ko ne upadala. Poleg tega tožeča stranka trdi, da ima številne strokovnjake, ki ustrezajo potrebam EIB, kot je ta sama priznala in kot je razvidno iz preglednice, vstavljene v repliko. Tožeča stranka tudi poziva EIB, naj razkrije anonimne življenjepise

osebja, ki jih je predložil izbrani ponudnik, da bi se kvalifikacije tega osebja primerjale s kvalifikacijami strokovnjakov tožeče stranke.

134 EIB predlaga, naj se tretji tožbeni razlog zavrne. V točkah 6.4 in 6.5 specifikacije naj bi bilo jasno določeno, da so podizvajanje in skupine ponudnikov dovoljeni, kar vključuje uporabo neodvisnih strokovnjakov. To naj bi potrjeval tudi seznam „Vprašanj in odgovorov“, kjer je bilo pojasnjeno, da se viri podizvajalcev za namene postopka javnega razpisa obravnavajo kot lastni viri zadevnega ponudnika. Edini pogoj, postavljen v točki 1.3 specifikacije, naj bi bil ta, da ponudniki prikažejo pripravljenost za najem delovne skupine z ustrezno usposobljenostjo. Poleg tega naj izbrani ponudnik ne bi bil edini, ki je lahko tehničnemu merilu, imenovanemu „zmožnost zagotovitve delovne skupine iz lastnih kadrovskih virov“, zadostil z uporabo „lastnega osebja“, saj ni imel vseh informacijskih orodij, uporabljanih v okviru zadevne programske aplikacije. Programski jezik te aplikacije, in sicer jezik „Java“, ter orodja, ki jih je razvil izbrani ponudnik, med katerimi sta programska oprema „Sybase server suite“ in sistem za upravljanje podatkovnih baz, naj bi bili na trgu znani, zanje pa naj bi bili usposobljeni mnogi. To naj bi dokazovali življenjepisi, ki jih je predložila tožeča stranka, zlasti življenjepis, ki se nanaša na izkušnje z vso programsko opremo „Sybase server suite“ in obsežno poznavanje jezika „Java“. Poleg tega naj bi bili trditve tožeče stranke in dokumenti, ki jih predložila, protislovni.

135 V okviru četrtega tožbenega razloga tožeča stranka meni, da je EIB z uporabo merila, imenovanega „zmožnost zagotovitve delovne skupine iz lastnih kadrovskih virov“, kršila načelo enakega obravnavanja in obveznost, da se za primerjalno ocenjevanje ponudb v fazi oddaje naročila uporabijo samo merila, ki niso vključena v fazo izbora ponudnikov. Edini namen navedenega merila, kot naj bi EIB priznala v točki 89 odgovora na tožbo, naj bi bil preveriti „kadrovske zmogljivosti ponudnikov“ s preučitvijo

njihovih življenjepisov, to merilo pa naj bi bilo razumno uporabljeno že v fazi izbora ponudnikov. Zato naj ga ne bi bilo mogoče uporabiti v fazi primerjalnega ocenjevanja ponudb in oddaje naročila, in sicer zaradi pravila, da naj bi morala biti postopka izbora ponudnikov in oddaje naročila jasno ločena. Poleg tega naj bi EIB kršila načelo enakega obravnavanja, ker naj bi z dvakratno uporabo tega merila dala prednost izbranemu ponudniku, ki naj bi bil v najboljšem položaju za „zagotovitev delovne skupine“, saj je bil tudi obstoječi izvajalec, ki je imel posebna informacijska orodja, ki jih uporablja EIB, ter je morda imel na voljo več strokovnjakov.

136 EIB predlaga zavrnitev četrtega tožbenega razloga. Opozarja, da je imela pri izbiri meril za oddajo naročila široko diskrecijsko pravico. Merila za izbor ponudnikov, v skladu s katerimi so morali imeti ti najmanj petnajst zaposlenih, ki so na njihovem oddelku za informatiko delali že vsaj dve leti, in tri preverljiva priporočila, naj ne bi bila zamenljiva z merilom za oddajo, imenovanim „zmožnost zagotovitve delovne skupine iz lastnih kadrovskih virov“, saj naj bi ta merila ustrezala ločenima točkama v specifikaciji. Merilo, navedeno v točki 6.2.2 specifikacije, naj bi bilo – kot merilo za izbor ponudnikov v skladu s točko 2.5.1.1 Smernic – namenjeno preverjanju, ali ponudniki izpolnjujejo minimalne pogoje, zahtevane v zvezi z osebjem in zmogljivostjo njihove službe za informatiko, medtem ko naj bi bil namen merila, navedenega v točki 7.1.1 specifikacije – kot merila za oddajo naročila v skladu s točko 2.5.1.2 Smernic – oceniti usposobljenost in ustrezne izkušnje zaposlenih, ki jih predlagajo ponudniki, na podlagi predloženih življenjepisov ter preglednic usposobljenosti, ter zmožnost ponudnikov za zadovoljitev posebnih potreb javnega naročila. EIB tudi navaja, da tožeča stranka z zatrjevanjem, da je EIB priznala neskladnost svojih aktov s pravom, ki se uporablja za postopke javnih razpisov, ravna v slabi veri.

– Presoja Splošnega sodišča

137 V skladu s svojo široko diskrecijsko pravico glede dejavnikov, ki jih upošteva pri sprejetju odločbe o oddaji javnega naročila na podlagi javnega razpisa, ima EIB široko diskrecijsko pravico tudi pri določitvi tako vsebine kot izvajanja pravil, ki jih uporablja za oddajo javnih naročil za svoj račun in na podlagi javnega razpisa (glej v tem smislu in po analogiji sodbo Splošnega sodišča z dne 14. februarja 2006 v združenih zadevah TEA-CEGOS in drugi proti Komisiji, T-376/05 in T-383/05, ZOdl., str. II-205, točki 50 in 51). Možnost EIB, da prosto izbere merila za oddajo, na podlagi katerih namerava dodeljevati javna naročila, ki jih odda za svoj račun, ji omogoča, da upošteva vrsto, predmet in posebnosti vsakega naročila.

138 Vendar je treba upoštevati določbe Smernic. V točki 2.5 teh smernic so določena pravila, ki se uporabljajo za „[p]otek postopka“. Natančneje, točka 2.5.1 se nanaša na „[p]reverjanje sposobnosti in izbor[a] udeležencev“ ter na „oddajanje naročil“. Iz zadnjenavedene točke je zlasti razvidno, da „[EIB] oddaja naročila na podlagi meril za izbor in oddajo, določenih v obvestilu o naročilu ali v specifikaciji, potem ko preveri izpolnjevanje pogojev gospodarskih subjektov za sodelovanje v postopku“.

139 V skladu s točko 2.5.1.1, naslovljeno „Merila za izbor“, je „[n]amen teh meril […] ugotoviti, ali je subjekt v ekonomskem in finančnem položaju ter ima tehnične in strokovne sposobnosti, ki so potrebni za izpolnitev naročila“. Poleg tega je predvideno, da „[EIB] določi ta merila v skladu s členoma 47 in 48 Direktive [2004/18], pri čemer po potrebi upošteva določbe členov 49 in 50“. V tej točki je navedeno še, da „lahko [EIB] določi minimalne stopnje sposobnosti, ob katerih nedoseganju bo ponudnik ali kandidat izločen iz postopka“, in da se „[t]i pragovi […] navedejo v obvestilu o naročilu“.

140 Točka 2.5.1.2 Smernic, naslovljena „Merila za oddajo naročila“, med drugim določa:

„Namen […] meril [za oddajo] je omogočiti izbiro med ponudniki, ki niso bili izločeni [ob koncu postopka izbora] in ki poleg tega ustrezajo merilom za izbor, navedenim v obvestilu o naročilu ali v specifikaciji.

[EIB] oddaja naročila na podlagi naslednjih meril:

(a) […] če se naročilo oddaja na podlagi ekonomsko najugodnejše ponudbe (najboljše razmerje med kakovostjo in ceno) z vidika [EIB], na podlagi različnih meril, ki so vezana na predmet zadevnega naročila – na primer kakovost, cena, tehnične prednosti, estetske in funkcionalne lastnosti, okoljske značilnosti, tekoči stroški, stroškovna učinkovitost, poprodajne storitve in tehnična pomoč, datum dobave ter rok za dobavo ali dokončanje del;

[…]

V primeru iz odstavka (a) zgoraj [EIB] v obvestilu o naročilu ali v specifikaciji ali – v primeru konkurenčnega dialoga – v opisnem dokumentu navede relativne uteži, ki veljajo za vsako merilo, izbrano za določitev ekonomsko najugodnejše ponudbe […]“

141 Določbe Smernic, navedene v točki 140 zgoraj, so namenjene zagotavljanju, da EIB v fazi ocenjevanja ponudb zaradi oddaje naročila svojo možnost izbire meril za oddajo izvaja ob upoštevanju načel enakega obravnavanja in preglednosti (glej v tem smislu in po analogiji sodbi Sodišča z dne 20. septembra 1988 v zadevi Beentjes, 31/87, Recueil, str. 4635, točki 21 in 22, ter z dne 12. decembra 2002 v zadevi Universale-Bau in drugi, C-470/99, Recueil, str. I-11617, točke od 90 do 92). Cilj teh določb je namreč vsem razumno obveščenim in običajno skrbnim ponudnikom omogočiti, da enako razlagajo merila za oddajo in da imajo zato enake možnosti pri oblikovanju pogojev svoje ponudbe (glej po analogiji sodbo Sodišča z dne 18. oktobra 2001 v zadevi SIAC Construction, C-19/00, Recueil, str. I-7725, točka 42).

142 Poleg tega je namen teh določb zagotoviti spoštovanje načela sorazmernosti, ki zahteva, da akti institucij ne presežejo mej tega, kar je primerno in nujno za doseganje zastavljenih ciljev, pri čemer je treba upoštevati, da je treba takrat, kadar je mogoče izbirati med več primernimi ukrepi, uporabiti najmanj omejujočega in da povzročene nevšečnosti ne smejo biti čezmerne glede na zastavljene cilje (zgoraj v točki 62 navedena sodba Antwerpse Bouwwerken proti Komisiji, točka 57). Čeprav drži, da merila, ki jih lahko uporabi naročnik, če se naročilo oddaja na podlagi ekonomsko najugodnejše ponudbe, v točki 2.5.1.2 Smernic niso našteta taksativno in da ima naročnik v skladu s to točko možnost izbire meril za oddajo javnega naročila, ki se mu zdijo najprimernejša, pa se lahko ta izbira torej nanaša samo na merila, na podlagi katerih je mogoče opredeliti ekonomsko najugodnejšo ponudbo (glej v tem smislu in po analogiji sodbo Sodišča z dne 24. januarja 2008 v zadevi Lianakis in drugi, C-532/06, ZOdl., str. I-251, točka 29 in navedena sodna praksa, ter zgoraj v točki 109 navedeni sodbi Renco proti Svetu, točka 66, in Strabag Benelux proti Svetu, točki 73 in 74). Zato so iz meril za oddajo izključena tista, na podlagi katerih ni možno opredeliti ekonomsko najugodnejše ponudbe, ampak so v glavnem povezana s presojo sposobnosti ponudnikov za izpolnitev zadevnega naročila (glej v tem smislu in po analogiji zgoraj v točki 141 navedeno sodbo Beentjes, točke od 15 do 19; sodbo Sodišča z dne 19. junija 2003 v zadevi GAT, C-315/01, Recueil, str. I-6379, točke od 59 do 67, in zgoraj navedeno sodbo Lianakis in drugi, točke od 30 do 32). Kakovost ponudb je treba oceniti na podlagi samih ponudb in ne izhajajoč iz izkušenj, ki so jih ponudniki pridobili pri prejšnjih pogodbah z naročnikom, ali na podlagi meril, kot je sposobnost

ponudnikov za izpolnitev naročila, ki so značilna za fazo izbora ponudnikov in jih ni mogoče upoštevati za primerjalno ocenjevanje ponudb (zgoraj v točki 141 navedena sodba Beentjes, točka 15, in zgoraj v točki 100 navedena sodba TQ3 Travel Solutions Belgium proti Komisiji, točka 86).

143 Tožeča stranka v okviru tretjega in četrtega tožbenega razloga v bistvu trdi, da je merilo za oddajo, imenovano „zmožnost zagotovitve delovne skupine iz lastnih kadrovskih virov“, nenatančno, diskriminacijsko in nesorazmerno z zastavljenim ciljem opredeliti ekonomsko najugodnejšo ponudbo, tako da izbira takega merila za oddajo ni skladna z obveznostmi EIB na podlagi splošnih pravnih načel, ki se uporabljajo za postopke javnih razpisov in kot se izvajajo s točko 2.5.1.2 Smernic.

144 V zvezi s tem je pomembno navesti, da je bilo merilo za oddajo, imenovano „zmožnost zagotovitve delovne skupine iz lastnih kadrovskih virov“, določeno v točki 7.1.1 specifikacije, naslovljeni „Tehnična merila“, ki je med drugim določala, da bo „[z]možnost ponudnika zagotoviti delovno skupino z zahtevano usposobljenostjo […] ocenjena na podlagi informacij, navedenih v preglednici profilov osebja in življenjepisih“. Iz seznama „Vprašanj in odgovorov“ izhaja, da se je EIB s tem tehničnim merilom „žel[ela] prepričati, da ima [pridobitelj naročila] ne samo dovolj usposobljenih in izkušenih delavcev za sestavo glavne delovne skupine, ampak tudi ustrezne rezervne vire – v smislu usposobljenosti in izkušenj – za zadovoljitev dodatnih potreb“. V zvezi s tem je EIB navedla, da bo „iz preglednice profilov osebja […] mogoče razbrati globino in širino usposobljenosti in izkušenj, ki jih ima na voljo ponudnik ter ki bi jih lahko uporabila [EIB]“. To je v skladu z vsebino točke 4.2 specifikacij, ki je določala, da morajo ponudniki opisati predlagano osebje v preglednici profilov osebja, priloženi k specifikaciji, in da bo njihov predlog v zvezi s tem ocenjen na podlagi izkušenj in števila oseb z ustrezno usposobljenostjo. Poleg tega je EIB navedla, da „bo preučila

preglednico profilov osebja […], da bi presodila, ali se zdi osebje ponudnika ustrezno usposobljeno in izkušeno ter dovolj številno za zadovoljitev [njenih] potreb", in da bo „[t]a presoja […] uporabljena za dve tehnični merili […]: raven skladnosti usposobljenosti in kvalifikacij predlaganega osebja ter zmožnost zagotovitve delovne skupine iz lastnih kadrovskih virov". Poleg tega je EIB še navedla, da ni „določila optimalnega števila" glede delovne skupine, ki jo je treba zagotoviti, in zlasti glede delovne skupine iz lastnih kadrovskih virov, ki jo je treba zagotoviti za zadovoljitev dodatnih potreb naročnika. Nazadnje, EIB je pojasnila, da „lastni kadrovski viri" pomenijo osebje, trenutno zaposleno pri ponudniku […] ali njegovih prijavljenih podizvajalcih".

145 Najprej je treba ugotoviti, da tožeča stranka neutemeljeno trdi, da je merilo za oddajo, imenovano „zmožnost zagotovitve delovne skupine iz lastnih kadrovskih virov", diskriminacijsko, ker ji preprečuje uporabo podizvajalcev za zadovoljitev vseh potreb, ki jih je navedla EIB. Iz specifikacije in seznama „Vprašanj in odgovorov" namreč izhaja, da je bila uporaba podizvajalcev dovoljena, če so bili ti v ponudbah jasno opredeljeni kot taki, in da so bili ponudniki ustrezno seznanjeni s tem, da bodo jasno opredeljeni podizvajalci upoštevani v okviru navedenega merila za oddajo.

146 Dalje, tožeča stranka neutemeljeno trdi, da je bilo merilo za oddajo, imenovano „zmožnost zagotovitve delovne skupine iz lastnih kadrovskih virov", uporabljeno v fazi izbora ponudnikov. Iz specifikacije namreč izhaja, da so morali ponudniki na podlagi meril za izbor iz točke 6.2.2 specifikacije predložiti samo „tri upoštevna in preverljiva priporočila v zvezi s projekti, izvedenimi v zadnjih dveh letih na področju predmeta tega javnega razpisa", ter „podpisano izjavo, da imajo najmanj 15 zaposlenih [na področju informatike] (ne administrativno podporno osebje), ki zanje delajo že vsaj

2 leti“. Zadnjenavedeno merilo za izbor, ki se je nanašalo na minimalno število oseb s predhodnimi izkušnjami in usposobljenostjo na področju predmeta naročila, se razlikuje od zadevnega merila za oddajo, povezanega z zmožnostjo ponudnika, da zbere izkušeno in usposobljeno ter dovolj številno osebje za zadovoljitev dodatnih potreb naročnika.

147 Nazadnje, glede same izbire merila za oddajo, imenovanega „zmožnost zagotovitve delovne skupine iz lastnih kadrovskih virov“, je treba poudariti, da ni mogoče ne točke 2.5.1.2 Smernic ne splošnih pravnih načel razlagati tako, da bi moralo biti vsako merilo za oddajo, ki ga je EIB uporabila zaradi opredeljevanja ekonomsko najugodnejše ponudbe, kvantitativno ali usmerjeno izključno v ceno (glej po analogiji zgoraj v točki 109 navedeno sodbo Renco proti Svetu, točki 67 in 68). Na kakovost izpolnitve naročila storitev in posledično na ekonomsko vrednost ponudbe, predložene v okviru takega naročila, lahko namreč vplivajo različni dejavniki, ki niso popolnoma kvantitativni, kot je kakovost zaposlenega osebja, ali, splošneje, tehnična vrednost ponudbe (glej v tem smislu zgoraj v točki 141 navedeno sodbo Beentjes, točka 18, in sodbo Sodišča z dne 16. septembra 1999 v zadevi Fracasso in Leitschutz, C-27/98, Recueil, str. I-5697, točka 30).

148 Vendar iz razpisne dokumentacije, navedene v točki 144 zgoraj, izhaja, da se merilo za oddajo, imenovano „zmožnost zagotovitve delovne skupine iz lastnih kadrovskih virov“, nanaša predvsem na zmožnost osebja, ki je zaposleno pri ponudniku in njegovih opredeljenih podizvajalcih in kot je opisano v preglednici profilov osebja, da v smislu izkušenj, kvalifikacij in številčnosti zadovolji dodatne potrebe, ki jih izrazi naročnik. Torej gre za merilo, ki je vsaj delno povezano s sposobnostjo ponudnikov v celoti izpolniti naročilo, kar vključuje izvajanje dodatnih storitev. V tem pogledu táko merilo ni „merilo za oddajo“ v smislu točke 2.5.1.2 Smernic, ki bi se nanašalo samo na kakovost dodatnih storitev, ki jih lahko zagotovi vsak ponudnik glede na lastne kadrovske vire, in posledično na ekonomsko prednost vsake ponudbe, kar zadeva take storitve (glej v tem smislu in po analogiji zgoraj v točki 142 navedeno sodbo Lianakis

in drugi, točka 31, ter sodbi Splošnega sodišča z dne 1. julija 2008 v zadevi AWWW proti EUROFOUND, T-211/07, neobjavljena v ZOdl., točka 60, in z dne 10. septembra 2008 v zadevi Evropaïki Dynamiki proti Komisiji, T-465/04, neobjavljena v ZOdl., točka 65).

149 Poleg tega, čeprav je bil namen merila za oddajo, imenovanega „zmožnost zagotovitve delovne skupine iz lastnih kadrovskih virov“, predvsem omogočiti presojo, ali ima ponudnik „dovolj število“ osebje z zahtevano usposobljenostjo in izkušnjami za zadovoljitev potreb EIB po dodatnih storitvah, je bilo to merilo oblikovano nejasno in nenatančno, saj, kot izhaja zlasti iz točke 4.2 specifikacije, „optimalno število“ tega osebja ni bilo določeno vnaprej in EIB glede tega ponudnikom ni zagotovila natančnih številčnih podatkov. Res je, da je bilo v točki 1.2 specifikacije, ki se je nanašala na „[o]pis področja“ predmeta naročila, navedeno, da je za delo v okviru projektov, povezanih z zadevno programsko aplikacijo, zadolženih deset zunanjih sodelavcev EIB in da se trenutno izvaja deset projektov. Poleg tega je bilo navedeno, da se v prihodnjih letih pričakuje zmanjšanje obsega dela zlasti v okviru projektov, tako da naj morebitni ponudniki podatke, navedene v specifikaciji, obravnavajo kot zgornje pragove. Vendar je bilo takoj za tem pojasnjeno, da ni izključena možnost, da novi posojilni mandati ali nove posebne dejavnosti, ki bi jih odobrila EIB, pripeljejo do novih delovnih obremenitev v okviru projektov.

150 Ker pa je bil izbrani ponudnik tudi obstoječi izvajalec storitev, zadolžen za razvoj, vzdrževanje, podporo in projektno delo v zvezi z zadevno programsko aplikacijo, je bil zaradi svojih izkušenj v najboljšem položaju za oceno, kakšne bi bile lahko dejanske potrebe EIB glede zmožnosti zagotovitve delovne skupine iz lastnih kadrovskih virov za izpolnitev zahtev glede dodatnih storitev, ki bi jih izrazila EIB med izvajanjem naročila. Iz tega sledi, da je mogoče, da je nenatančnost merila za oddajo, imenovanega „zmožnost zagotovitve delovne skupine iz lastnih kadrovskih virov“,

v praksi pripeljala do dajanja prednosti obstoječemu ponudniku v škodo drugih ponudnikov in predvsem tožeče stranke, in to v nasprotju z načelom enakega obravnavanja, na podlagi katerega morajo imeti ponudniki pri oblikovanju pogojev ponudbe enake možnosti.

151 Zato je treba ugotoviti, da so načeli sorazmernosti in enakega obravnavanja ter točka 2.5.1.2 Smernic, s katero se ta načela uveljavljajo, nasprotovali temu, da EIB v okviru tega postopka javnega razpisa upošteva zmožnost ponudnikov za zagotavljanje vseh storitev, pričakovanih v okviru naročila, ne na podlagi „merila za izbiro“ ponudnikov, ampak na podlagi „merila za oddajo“ naročila, in temu, da se pri tem opre na nenatančno merilo, s katerim se lahko v praksi daje prednost izbranemu ponudniku, ki je bil tudi obstoječi izvajalec, ki je predhodno opravljal zadevne storitve.

152 Glede na zgornje ugotovitve je treba tretji in četrti tožbeni razlog sprejeti.

Šesti tožbeni razlog

– Trditve strank

153 Tožeča stranka trdi, da je EIB kršila člen 99 finančne uredbe, člen 148(1) in (2) izvedbenih pravil ter načela enakega obravnavanja, preglednosti in prepovedi diskriminacije, kot jih določajo člen 89 finančne uredbe v povezavi z njeno uvodno izjavo 18 in sodna praksa, praksa Komisije ali pravna teorija, ker je naročilo oddala izbranemu

ponudniku, potem ko je ta po tajnih stikih z EIB bistveno spremenil pogoje ponudbe, tako glede cene kot glede kakovosti. Iz zaznamka z dne 31. januarja 2008 naj bi bilo razvidno, da je ocenjevalna komisija po odpiranju ponudb in njihovem ocenjevanju priporočila ponudbo izbranega ponudnika. Vendar naj bi se ocenjevalna komisija, potem ko je ugotovila, da je ta ponudba najdražja, odločila pred nadaljevanjem postopka javnega razpisa organizirati sestanek z izbranim ponudnikom, da bi ji ta pojasnil nekatera preostala vprašanja, zlasti v zvezi s finančnimi vidiki ponudbe. Med tem sestankom naj bi izbrani ponudnik bistveno spremenil pogoje svoje ponudbe, da bi znižal določeno ceno storitev, s čimer pa naj bi tudi zmanjšal njihovo kakovost. Predvsem naj bi izbrani ponudnik zagotovil, da bo znižal ceno, določeno v ponudbi, in sicer zlasti s spremembo osebja, odgovornega za naročilo, da bi zagotovil bolj uravnoteženo sestavo tega osebja, s čimer naj bi posledično zagotovil manj izkušenih svetovalcev. Po teh nezakonitih pogajanjih naj bi se EIB odločila oddati naročilo izbranemu ponudniku. Tako naj bi bila ponudba, ki jo je EIB na koncu izbrala, bistveno drugačna in – kar je glede relativnega tehtanja meril za oddajo, določenih v specifikacijah, najpomembnejše – manj kakovostna od tiste, ki jo je ocenila ocenjevalna komisija. Ta manjša kakovost „končne ponudbe“ izbranega ponudnika v primerjavi z njegovo „prvotno ponudbo“ pa naj ne bi bila upoštevana pri primerjalnem ocenjevanju ponudb, kot ga je izvedla ocenjevalna komisija.

154 Tožeča stranka v zvezi s tem Splošnemu sodišču predlaga, naj primerja izkušnje osebja iz ponudbe izbranega ponudnika z izkušnjami osebja, ki jih je ta ponudil na koncu, in ugotovi, da bi bilo, če ne bi bilo nezakonitih pogajanj z EIB in očitnih napak pri presoji, ki jih vsebuje izpodbijana odločba, naročilo oddano njej. Tožeča stranka v vsakem primeru trdi, da bi, če bi bilo v postopku javnega razpisa spoštovano načelo enakega obravnavanja in bi bil ta postopek pregleden, tudi sama lahko precej

izboljšala svojo „prvotno ponudbo“ glede na uporabljena načela za oddajo, kar bi ji lahko omogočilo tudi pridobitev naročila.

155 EIB zavrača trditve tožeče stranke in predlaga, naj se šesti tožbeni razlog zavrne. Opozarja, da se niti finančna uredba niti izvedbena pravila ne uporabljajo za postopek javnega razpisa. Poleg tega naj tožeča stranka ne bi imela interesa za uveljavljanje tega tožbenega razloga. Kot navaja EIB, so se njeni pogovori z izbranim ponudnikom začeli šele po koncu faze primerjalnega ocenjevanja ponudb, s katerim je bila ponudba izbranega ponudnika uvrščena na prvo mesto, ponudba tožeče stranke pa šele na drugo, in ko je torej izbrani ponudnik že pridobil naročilo. Zato naj se ne bi smelo šteti, da so se ti stiki zgodili med postopkom oddaje naročila v smislu točke 2.5.2 Smernic ali celo člena 99 finančne uredbe, na katerega se sklicuje tožeča stranka. Vsekakor naj ti stiki ne bi zadevali spremembe ponudbe izbranega ponudnika, ki je bila na prvo mesto uvrščena po koncu primerjalnega ocenjevanja ponudb, niti naj ne bi pripeljali do takega rezultata. Nanašali naj bi se samo na podrobnosti o tem, kako bo izbrani ponudnik izpolnil naročilo v skladu s pogoji svoje ponudbe, in naj nikakor ne bi mogli povzročiti spremembe razvrstitve, določene ob koncu primerjalnega ocenjevanja ponudb. Znižanje dnevnih postavk, določenih za „višje razvijalce programske opreme“, in tistih za „napredne razvijalce programske opreme“ ter nadomestitev nekaterih „višjih razvijalcev programske opreme“ iz predlagane glavne delovne skupine z „nižjim“ osebjem naj s finančnega vidika ne bi moglo povzročiti spremembe uvrstitve ponudbe izbranega ponudnika glede na ponudbe drugih ponudnikov, vključno s ponudbo tožeče stranke, tako da naj zadnjenavedenim ponudnikom ne bi škodovalo. S tehničnega vidika naj nadomestitev nekaterih „višjih razvijalcev programske opreme“ iz glavne delovne skupine, ki jo je predlagal izbrani ponudnik, z „nižjim“ osebjem ne bi povzročila relativnega zmanjšanja tehnične vrednosti njegove ponudbe, ker naj bi bilo nadomeščeno osebje navedeno v preglednici profilov osebja, priloženi k tej ponudbi, in ker naj bi bila tehnična vrednost te ponudbe ocenjena ob upoštevanju ne le kvalifikacij, ki so izhajale iz življenjepisov članov predlagane glavne delovne

skupine, ampak tudi kvalifikacij oseb, vključenih v zadevno preglednico profilov osebja. Napotitev na „bolj uravnoteženo sestavo delovne skupine“ naj ne bi pomenila, da bo glavno osebje, ki ga je v svoji ponudbi predlagal izbrani ponudnik za delovno skupino, odgovorno za izvedbo naročila, spremenjeno, ampak naj bi pomenila samo, da bo to osebje omogočilo sestavo „bolj uravnotežene“ delovne skupine od tiste, ki jo je navedeni ponudnik zagotovil za izvedbo prejšnjega naročila v zvezi z zadevno programsko aplikacijo. Tako naj sodna praksa, ki se uporablja na tem področju, ne bi omogočala sklepanja, da so stiki med EIB in izbranim ponudnikom, ki so nastopili po fazi primerjalnega ocenjevanja ponudb, vplivali na veljavnost izpodbijane odločbe, tožeča stranka pa naj bi se v obravnavanem primeru neutemeljeno sklicevala na kršitev načela enakega obravnavanja ali načela preglednosti.

– Presoja Splošnega sodišča

156 Tožeča stranka neutemeljeno trdi, da je EIB kršila člena 89 in 99 finančne uredbe ter člen 148(1) in (2) izvedbenih pravil, saj postopek javnega razpisa in izpodbijana odločba nista urejena s finančno uredbo, še manj pa z izvedbenimi pravili (glej točko 87 zgoraj). Zato je treba šesti tožbeni razlog, v delu, v katerem temelji na taki kršitvi, zavrniti kot neutemeljen.

157 Vendar je treba ta šesti tožbeni razlog vseeno preučiti, ker se z njim podaja očitek v zvezi s kršitvijo načel enakega obravnavanja, preglednosti in prepovedi diskriminacije, ki iz razlogov, navedenih v točki 88 zgoraj, veljajo za postopek javnega razpisa in izpodbijano odločbo. Glede na pomembnost in cilj ter polni učinek navedenih načel je treba njihovo spoštovanje zagotoviti tudi v okviru posamičnega javnega razpisa, kakršen je obravnavani v tej zadevi, pri tem pa po potrebi upoštevati posebnosti tega postopka.

158 V zvezi s tem je pomembno poudariti, da – ker gre v obravnavanem primeru za naročilo storitev, oddano za svoj račun, z ocenjeno skupno vrednostjo brez davka na dodano vrednost (DDV) med 3.500.000 EUR in 7.000.000 EUR – se je EIB v skladu z določbami Smernic odločila, da je treba naročilo oddati z uporabo odprtega postopka, objaviti obvestilo o naročilu v Uradnem listu, pripraviti specifikacijo, ki določa pravila in pogoje naročila, vključno z merili za oddajo, ter vse gospodarske subjekte, ki so se prijavili, povabiti, da podajo ponudbo na tej podlagi.

159 V teh okoliščinah je treba določbe Smernic in po potrebi določbe Direktive 2004/18, na katere Smernice napotujejo, šteti za pravni okvir, v katerem mora potekati postopek javnega razpisa, EIB pa mora kot naročnik strogo upoštevati merila, ki jih je sama določila, ne samo med samim postopkom javnega razpisa, ki zadeva primerjalno ocenjevanje ponudb in izbiro ponudnika, ampak, splošneje, do konca faze izvajanja zadevnega naročila (glej v tem smislu zgoraj v točki 89 navedeno sodbo Komisija proti CAS Succhi di Frutta, točka 115).

160 Če se ponudba katerega od ponudnikov, ki ni bila izločena iz postopka javnega razpisa in ustreza merilom za izbor, določenim v obvestilu o naročilu ali v specifikaciji, z naročnikovega vidika ne zdi ekonomsko najugodnejša glede na merila za oddajo, navedena v obvestilu o naročilu ali v specifikacijah, jo mora naročnik zavrniti, pri čemer pa ne sme spremeniti splošne sistematike naročila s spremembo katerega od ključnih pogojev za njegovo oddajo. Če bi bilo namreč naročniku dovoljeno, da v postopku javnega razpisa po želji spreminja same pogoje za oddajo, pri čemer upoštevne določbe, ki se uporabljajo, ne bi vsebovale izrecnega pooblastila v tem smislu, bi bili pogoji za oddajo naročila, kot so bili prvotno določeni, izkrivljeni (zgoraj v točki 89 navedena sodba Komisija proti CAS Succhi di Frutta, točka 120). Poleg tega bi taka praksa nujno pripeljala do kršitve načel preglednosti in enakega obravnavanja ponudnikov, ker

ne bi bili več zagotovljeni enotna uporaba pogojev za oddajo in objektivnost postopka (zgoraj v točki 89 navedena sodba Komisija proti CAS Succhi di Frutta, točka 121).

161 Poleg tega sta ti načeli izraženi v točki 2.5.2 Smernic, v kateri je zlasti določeno, da „[EIB] med postopkom oddaje naročila zavrne vsako razpravo s kandidati ali ponudniki, ki bi lahko ogrozila objektivnost postopka ali načelo enakega obravnavanja gospodarskih subjektov“, ter da, čeprav lahko EIB „po drugi strani […] pisno vzpostavi stik s kandidati ali ponudniki, da bi dobila pojasnila o konkretnih vprašanjih v zvezi z njihovo prijavo ali ponudbo“, „taki stiki ne morejo privesti do sprememb pogojev prijave za sodelovanje ali ponudbe“.

162 V obravnavanem primeru je bilo v točki 1.2 specifikacije, ki se je nanašala na „[o]pis področja“ predmeta naročila, navedeno, da zadevno programsko aplikacijo uporablja približno 600 ljudi, da je bila za vzdrževanje ali podporo in projektno delo zaposlena skupina desetih zunanjih sodelavcev EIB (štiri osebe so bile dodeljene vzdrževanju, šest oseb pa projektom) ter da se trenutno izvaja deset projektov. Poleg tega je bilo pojasnjeno, da so štirje člani osebja EIB zadolženi za nadzor ali vodenje projektov, vendar vse pogosteje sodelujejo tudi pri tehničnih dejavnostih, in sicer pri razpravah o arhitekturi. V bližnji prihodnosti je načrtovana tudi uvedba postopkov za pregled kode. Nazadnje, v prihodnjih letih je pričakovano zmanjšanje obsega dela v okviru projektov, tako da naj bi morebitni ponudniki podatke, ki jih je navedla EIB, obravnavali kot zgornje pragove, čeprav ni mogoče izključiti možnosti, da novi posojilni mandati ali nove posebne dejavnosti, ki bi jih odobrila EIB, pripeljejo do novih delovnih obremenitev v okviru projektov.

163 V skladu s točko 6.5 specifikacije, naslovljeno „Profil osebja“, je moral ponudnik predložiti jasen profil usposobljenosti vsega razpoložljivega osebja z izpolnitvijo preglednice profilov osebja. V tej preglednici istega člana osebja ni bilo mogoče vpisati pod

več kot en profil. Poleg tega so morali ponudniki predložiti anonimne življenjepise „glavne skupine razpoložljivih kadrovskih virov“, ki so ustrezali različnim profilom, opredeljenim v preglednici profilov osebja (v nadaljevanju: glavna delovna skupina). V življenjepisu vsakega člana glavne delovne skupine je bilo treba navesti točnega delodajalca (zadevnega člana v primeru skupinskih ponudb ali podizvajanja). Glede na informacije v točki 1.2 specifikacije je bilo minimalno število življenjepisov, ki je bilo zahtevano za vsako od petih vrst profilov, opredeljenih v preglednici profilov osebja, določeno tako: dva življenjepisa za profil „analitik sistemov za upravljanje“, dva življenjepisa za profil „strokovnjak za tehnično arhitekturo“, dva življenjepisa za profil „nižji razvijalec programske opreme“, šest življenjepisov za profil „napredni razvijalec programske opreme“ in dva življenjepisa za profil „višji razvijalec programske opreme“. Poleg tega istega življenjepisa ni bilo mogoče predlagati za več kot en profil.

164 V točki 6.8 specifikacije, naslovljeni „Stroškovni profil“, je bilo zlasti določeno, da morajo biti cene navedene v eurih brez DDV. Vključevati so morale vse vrste stroškov, ki naj jih EIB ne bi vračala ločeno. Ponudnik je moral izpolniti preglednico stroškovnih profilov, priloženo k specifikaciji. Stroški so morali biti navedeni v obliki dnevnih postavk za „stalne storitve“ in „enkratne storitve“. Če je želel ponudnik ali izvajalec storitev uporabiti drugačne postavke za storitve, opravljene „zunaj delovnega časa“, to je po 19. uri in pred 8. uro, ter za storitve, opravljene ob koncu tedna ali ob praznikih, je moral tudi te jasno navesti v preglednici. Te postavke naj bi se uporabljale tudi za storitve, opravljene zaradi morebitnih novih delovnih obremenitev v okviru projektov (glej točko 162 zgoraj).

165 V točki 7.1 specifikacije, naslovljeni „Merila za oddajo“, je bilo navedeno, da bo naročilo oddano ekonomsko najugodnejši ponudbi glede na merila za oddajo in njihove relativne uteži (glej točko 3 zgoraj). V zvezi s tehničnimi merili je bilo v točki 7.1.1

specifikacije določeno, da bodo ponudbe glede na merili, imenovani „raven skladnosti usposobljenosti in kvalifikacij predlaganega osebja“ ter „zmožnost zagotovitve delovne skupine iz lastnih kadrovskih virov“, ki skupaj pomenita 60 % točk skupne ocene, ocenjene in razvrščene na podlagi izpolnjene preglednice profilov osebja in glavne delovne skupine, ki jo ponudniki predlagajo z življenjepisi v skladu s točko 6.5 specifikacije. To je bilo ponudnikom potrjeno tudi na seznamu „Vprašanj in odgovorov“. V zvezi s finančnim merilom je bilo v točki 7.1.2 specifikacije določeno, da bo stroškovni profil vsakega ponudnika ocenjen in razvrščen na podlagi tehtane povprečne dnevne postavke, izračunane za vsakega ponudnika. Tehtanje, pri katerem so bili upoštevani profili oseb, ki so imele največ možnosti za razporeditev za izvajanje naročila, je bilo opisano v preglednici stroškovnih profilov. Nazadnje, v točkah 7.1.1 in 7.1.2 specifikacije je bilo navedeno, da lahko EIB povabi ponudnike na razgovor, vendar da ti po predložitvi pisne ponudbe ne smejo spreminjati pogojev v njej.

166 Na tehnični ravni je bilo treba v preglednici profilov osebja za vsako od petih vrst profilov navesti – na splošno in za vsako sposobnost, povezano z vsako vrsto profila – število razpoložljivih članov osebja, pri čemer jih je bilo treba uvrstiti med „člane osebja s skupno manj kot tremi leti izkušenj“, „člane osebja s skupno več kot tremi leti izkušenj“ in „člane osebja s skupno več kot dvema letoma izkušenj v službi izvajalca storitev“.

167 Na finančni ravni je bilo treba v preglednici stroškovnih profilov za vsako vrsto profila in vsako vrsto storitve navesti povprečno dnevno postavko. Relativne uteži povprečnih dnevnih postavk za vsako vrsto storitve so bile določene tako: 45 % točk za stroške „stalnih storitev“, 45 % točk za stroške „enkratnih storitev“, 5 % točk za stroške storitev, opravljenih „zunaj delovnega časa“, in 5 % točk za stroške storitev, opravljenih „ob

koncu tedna/ob praznikih“. Relativne uteži povprečnih dnevnih postavk za vsako vrsto profila so bile v skladu s točko 7.1.2 specifikacije in ob upoštevanju „profilov z največjimi možnostmi za razporeditev“ na podlagi točke 6.5 specifikacije določene tako: 15 % točk za profil „analitik sistemov za upravljanje“, 15 % točk za profil „strokovnjak za tehnično arhitekturo“, 15 % točk za profil „nižji razvijalec programske opreme“, 40 % točk za profil „napredni razvijalec programske opreme“ in 15 % točk za profil „višji razvijalec programske opreme“.

168 V obravnavanem primeru je iz zaznamka z dne 31. januarja 2008 in pojasnil, ki jih je EIB podala v dopisu z dne 15. decembra 2009, razvidno, da je bila EIB po fazi primerjalnega ocenjevanja ponudb zaskrbljena, ker je bila prvouvrščena ponudba izbranega ponudnika najdražja, in da se je zato odločila pred nadaljevanjem postopka javnega razpisa organizirati sestanek z izbranim ponudnikom, da bi ji ta pojasnil nekatera preostala vprašanja in zlasti finančne vidike svoje ponudbe. Poleg tega je iz zaznamka z dne 31. januarja 2008 razvidno, da je bil ta sestanek sklican 29. januarja 2008 ter da je na njem izbrani ponudnik povedal naročniku, da lahko zagotovi „bolj uravnoteženo sestavo delovne skupine (v tem trenutku sestavljene skoraj izključno iz ‚višjih‘ svetovalcev)“ in „zniža dnevno postavko osebja, ki ustreza profilu ‚višji razvijalec programske opreme‘, s 750 EUR na 720 EUR, dnevno postavko osebja, ki ustreza profilu ‚napredni razvijalec programske opreme‘, pa s 665 EUR na 650 EUR“. Šele po tem sestanku in glede na predloge, ki jih je tako podal izbrani ponudnik, se je direktor Oddelka za informacijsko tehnologijo EIB 31. januarja 2008 na podlagi pozitivnega mnenja ocenjevalne komisije odločil oddati naročilo izbranemu ponudniku, to odločitev pa je nato potrdil predsednik EIB (glej točki 20 in 43 zgoraj). Med EIB in izbranim ponudnikom je bil 12. oziroma 17. junija 2008 podpisan sporazum o naročilu (glej točko 8 zgoraj). Na podlagi določb točke 2.4.1 Smernic, naslovljene „Objava obvestila“, v skladu s katerimi je datum konca postopka datum podpisa sporazuma o naročilu, je bil postopek javnega razpisa končan 17. junija 2008, to je na dan podpisa

okvirnega sporazuma. Iz tega sledi, da EIB neutemeljeno trdi, da je bilo 29. januarja 2008 naročilo že oddano izbranemu ponudniku in da je bil postopek javnega razpisa v času sestanka že končan.

169 Poleg tega je iz dokumentov, ki jih je predložila EIB, razvidno, da ta po koncu primerjalnega ocenjevanja ponudb ni bila popolnoma zadovoljna z rezultatom, dobljenim na podlagi relativnega tehtanja meril za oddajo, določenega na 75 % točk za tehnična merila in 25 % točk za finančno merilo, ki je omogočilo izbiro ponudbe storitev z veliko tehnično vrednostjo, vendar z višjo skupno ceno od cen drugih ponudb, kar je bil glavni razlog za to, da se je EIB odločila organizirati sestanek 29. januarja 2008. Iz teh dokumentov je prav tako razvidno, da je ta sestanek izbranemu ponudniku omogočil, da je odpravil pomisleke glede skupne cene, določene v njegovi ponudbi, ki jih je izrazil naročnik, in da je bil zato zadevni sestanek odločilen za oddajo naročila. Na tem sestanku je namreč izbrani ponudnik pristal na znižanje skupne cene, določene v njegovi ponudbi, z znižanjem dnevne postavke za osebje, ki ustreza profiloma „višji razvijalec programske opreme“ in „napredni razvijalec programske opreme“, kot sta bila opredeljena v preglednici profilov osebja, ter z določitvijo „bolj uravnotežen[e] sestav[e] delovne skupine (v tem trenutku sestavljene skoraj izključno iz ‚višjih‘ svetovalcev)“. S tega vidika formulacije, v skladu s katero so člani komisije po sestanku 29. januarja 2008 vztrajali pri svojem priporočilu za oddajo naročila izbranemu ponudniku, kot je navedeno v zaznamku z dne 31. januarja 2008, ni mogoče šteti za dokaz nove primerjalne ocene ponudb, ampak samo za ponovitev že podanega mnenja ocenjevalne komisije glede na okoliščino, da je izbrani ponudnik odpravil finančne pomisleke, ki jih je izrazil naročnik.

170 Glede znižanja dnevnih postavk, navedenih v preglednici stroškovnih profilov, ki jo je izbrani ponudnik izpolnil in priložil k svoji ponudbi, je to znižanje pripeljalo do naknadne spremembe pogojev, na podlagi katerih je ocenjevalna komisija finančno ocenila ponudbo izbranega ponudnika.

171 Glede formulacije, v skladu s katero naj bi izbrani ponudnik poskrbel za „bolj uravnoteženo sestavo delovne skupine (v tem trenutku sestavljene skoraj izključno iz ‚višjih' svetovalcev)", je EIB v stališčih z dne 26. februarja 2010 sama pojasnila, da se nanaša na okoliščino, da je „na sestanku [29. januarja 2008] [izbrani ponudnik] predlagal nadomestitev nekaterih od teh svetovalcev [iz predlaganega osebja ‚višjih razvijalcev programske opreme'] z nižjim osebjem". V okoliščinah obravnavanega primera, ko je želela EIB v praksi doseči, da bi izbrani ponudnik znižal skupno ceno, določeno v ponudbi, da bi se ta cena približala tistim, ki so jih v ponudbah predlagali drugi ponudniki, je edina verjetna razlaga take formulacije, da je izbrani ponudnik dejansko nameraval nadomestiti nekatere „višje razvijalce programske opreme" iz predlagane glavne delovne skupine s člani „nižjega" osebja. Ker je bila namreč skupna cena, ki je bila določena za storitve, neposredno odvisna od tehtane povprečne dnevne postavke za glavno delovno skupino – opredeljeno kot delovno skupino, ki ima največje možnosti za razporeditev za izvajanje naročila, če bi ga ponudnik pridobil –, je bilo to ceno dejansko mogoče znižati s spremembo sestave glavne delovne skupine, predlagane v ponudbi, tako da se je najbolj kvalificirano in zato najdražje osebje, in sicer „višji svetovalci", ki ustrezajo profilu „višji razvijalec programske opreme", nadomestilo z manj kvalificiranim in torej cenejšim osebjem, to je z „nižjimi svetovalci", ki so ustrezali profiloma „napredni razvijalec programske opreme" in „nižji razvijalec programske opreme", kot izhaja iz stališč EIB z dne 26. februarja 2010.

172 EIB ni predložila nobenega dokaza, ki bi potrjeval, da so bile kljub temu, kar je bilo dogovorjeno na sestanku 29. januarja 2008, osebe, ki jih je izbrani ponudnik dejansko razporedil za izvajanje naročila, osebe iz glavne delovne skupine, ki jo je izbrani ponudnik v svoji ponudbi predlagal z življenjepisi ter na podlagi katere je ocenjevalna komisija tehnično in finančno ocenila navedeno ponudbo. Poleg tega EIB v stališčih z dne 26. februarja 2010 ne trdi, da sestava glavne delovne skupine, ki jo je izbrani ponudnik v ponudbi predlagal z življenjepisi, po sestanku 29. januarja 2008 ni bila

spremenjena, ampak samo navaja, da te spremembe ni mogoče enačiti z resnično spremembo navedene ponudbe, ker je bilo „nižje osebje“, s katerim so bili nadomeščeni „višji svetovalci“ v glavni delovni skupini, že vključeno v preglednico profilov osebja, ki jo je izbrani ponudnik izpolnil in priložil k tej ponudbi. Vendar, ker je bilo primerjalno ocenjevanje ponudb na tehnični ravni odvisno predvsem od tega, ali imajo osebe, ki jih ponudnik predlaga za glavno delovno skupino, ustrezne kvalifikacije, kot izhajajo iz k ponudbam priloženih življenjepisov teh oseb, je lahko sestava bolj uravnotežene glavne delovne skupine, ki je posledica nadomestitve nekaterih „višjih razvijalcev programske opreme“ s člani „nižjega“ osebja – čeprav z vključitvijo oseb, že navedenih v preglednici profilov osebja, ki jo je izbrani ponudnik priložil k svoji ponudbi – pripeljala samo do naknadne spremembe pogojev, na podlagi katerih je ocenjevalna komisija tako na tehnični kot finančni ravni ocenila navedeno ponudbo.

173 Poleg tega se zdi, da želi EIB predlog, ki ga je izbrani ponudnik podal na sestanku 29. januarja 2008, utemeljiti z okoliščino, da, kot je bilo navedeno v specifikaciji, naj morebiti ne bi bilo nujno, da ima delovna skupina, ki je dejansko razporejena za izvajanje naročila, enake kvalifikacije kot skupina, ki je bila do takrat zadolžena za vzdrževanje, podporo in razvoj zadevne programske aplikacije (glej točko 162 zgoraj) ter ki je bila upoštevana kot izhodišče za to, da se je v specifikaciji opredelila sestava glavne delovne skupine, ki bo glavna podlaga za ocenjevanje ponudb tako na tehnični kot finančni ravni (glej točko 163 zgoraj). Tudi če bi izbrani ponudnik dejansko lahko izpolnil naročilo z manj kvalificiranim osebjem od tistega, ki je bilo dotlej zadolženo za navedeno aplikacijo, pa to ne zadošča za utemeljitev tega, da je izbrani ponudnik spremenil sestavo glavne delovne skupine, ki jo je v svoji ponudbi predlagal kot tisto, ki jo bo mogoče razporediti za izvajanje naročila v primeru njegove pridobitve, da bi znižal skupno ceno, določeno v navedeni ponudbi, in s tem izpolnil novo zahtevo, ki jo je naročnik določil za oddajo naročila. Pri tem bi šlo namreč za naknadno

spremembo pogojev, na podlagi katerih je ocenjevalna komisija ocenila ponudbo izbranega ponudnika tako na tehnični kot finančni ravni, ne da bi zavrnjeni ponudniki, med njimi tudi tožeča stranka, dobili enako možnost za spremembo svojih ponudb.

174 Iz zgornjih ugotovitev izhaja, da EIB v okoliščinah obravnavanega primera neutemeljeno trdi, da je bil sestanek 29. januarja 2008 namenjen samo pogovorom z izbranim ponudnikom o izvedbenih podrobnostih naročila, ne pa spreminjanju vsebine ponudbe tega ponudnika, da bi se mu naročilo lahko oddalo.

175 Iz navedenih ugotovitev prav tako izhaja, da so te spremembe izkrivile ne samo finančno, ampak tudi tehnično ocenjevanje ponudbe izbranega ponudnika. Poleg tega so stiki med EIB in izbranim ponudnikom v praksi pripeljali do spremembe relativnega tehtanja meril za oddajo. Ta pogajanja in rezultat, do katerega so privedla – to je sprememba ponudbe izbranega ponudnika –, so bili namreč posledica tega, da je EIB v praksi finančnemu merilu pripisala večjo relativno težo kot tehničnim merilom, kot so opredeljena v razpisni dokumentaciji, na katero so se opirali ne le ponudniki pri oblikovanju svojih ponudb, ampak tudi ocenjevalna komisija pri njihovem primerjanju. Ni dvoma, da bi večja relativna teža, ki jo je EIB na koncu pripisala finančnemu merilu, da bi oddala naročilo izbranemu ponudniku, pomenila prednost za tožečo stranko, če bi bila uporabljena tudi v okviru primerjalnega ocenjevanja ponudb, ker je bila ponudba tožeče stranke najcenejša in je zato prejela najboljšo oceno pri finančnem merilu.

176 Vendar EIB meni, da te spremembe niso izkrivile primerjalnega ocenjevanja ponudb na način, ki bi vplival na pravice ponudnikov, zavrnjenih ob koncu tega ocenjevanja.

177 Tudi če je, kot implicitno trdi EIB s sklicevanjem zlasti na sodbo Sodišča z dne 25. aprila 1996 v zadevi Komisija proti Belgiji (C-87/94, Recueil, str. I-2043, točka 59), razglasitev ničnosti odločbe o oddaji javnega naročila, sprejete ob koncu postopka, izkrivljenega zaradi dejstva, da je bilo izbranemu ponudniku dovoljeno spremeniti vsebino svoje ponudbe, pogojena z ugotovitvijo sodišča, da so bili z upoštevanjem navedene spremembe preoblikovani pogoji primerjave ponudb v škodo drugih ponudnikov, tako da je to lahko vplivalo na njihovo razvrstitev, je treba poudariti, da je v okoliščinah obravnavanega primera dejansko mogoče ugotoviti tak učinek.

178 Seveda drži, da so lahko imele sporne spremembe s finančnega vidika samo učinek dodatnega izboljšanja ocene ponudbe izbranega ponudnika v primerjavi s ponudbami drugih ponudnikov, zlasti tožeče stranke. Vendar je napačno trditi, da nadomestitev nekaterih „višjih razvijalcev programske opreme“ iz glavne delovne skupine, ki jo je predlagal izbrani ponudnik, z „nižjimi“ člani osebja ni imela učinka spremembe ocene ponudbe izbranega ponudnika na tehnični ravni. V zvezi s tem iz spisovnega gradiva in zlasti iz seznama „Vprašanj in odgovorov“ izhaja, da se je EIB „žel[ela] prepričati, da ima [pridobitelj naročila] ne samo dovolj usposobljenih in izkušenih delavcev za sestavo glavne delovne skupine, ampak tudi ustrezne rezervne vire – v smislu usposobljenosti in izkušenj – za zadovoljitev dodatnih potreb“. V tem okviru naj bi „[življenjepisi] […] ustrezali glavni delovni ekipi, ki jo predlaga ponudnik, medtem ko [naj bi bilo] iz preglednice profilov osebja […] mogoče razbrati globino in širino usposobljenosti in izkušenj, ki jih ima na voljo ponudnik ter ki bi jih lahko uporabila [EIB]“. Medtem ko so tako imeli življenjepisi namen EIB omogočiti presojo kvalifikacij glavne delovne skupine, ki jo je predlagal ponudnik, to je oseb, ki so imele v skladu s točko 7.1.2 specifikacije največje možnosti za razporeditev za izvajanje naročila (glej točko 165 zgoraj), naj bi preglednica profilov osebja EIB omogočila presojo splošnih kvalifikacij osebja, ki ga ima na voljo ponudnik in na katero bi lahko EIB računala za zadovoljitev dodatnih potreb. V takih okoliščinah je lahko nadomestitev nekaterih

„višjih razvijalcev programske opreme“ iz glavne delovne skupine, ki jo je predlagal izbrani ponudnik v ponudbi in v zvezi s katero so bili pri preverjanju tehničnih kvalifikacij upoštevani življenjepisi, z „nižjimi“ člani osebja, katerih kvalifikacije so bile nujno slabše, pripeljala samo do zmanjšanja skupne tehnične vrednosti te ponudbe v primerjavi s ponudbami drugih ponudnikov, zlasti tožeče stranke.

179 Glede na relativno tehtanje meril za oddajo, določeno na 25 % točk za finančno merilo in 75 % točk za tehnična merila, ter dejstvo, da je sama primerjalna ocena ponudb v 60 % temeljila na analizi življenjepisov in preglednice profilov osebja, ki so jih predložili ponudniki (glej točko 165 zgoraj), je mogoče meniti, da izboljšanje finančne ocene ponudbe izbranega ponudnika, ki lahko izhaja iz znižanja skupne cene, določene v tej ponudbi, ni bilo tako, da bi lahko odtehtalo poslabšanje tehnične ocene navedene ponudbe, ki lahko izhaja iz nadomestitve nekaterih „višjih razvijalcev programske opreme“ iz glavne delovne skupine, predlagane v ponudbi, z „nižjimi“ člani osebja. Iz tega sledi, da bi bil lahko skupni učinek naknadnih sprememb ponudbe izbranega ponudnika, če bi se izvedlo novo primerjalno ocenjevanje ponudb, za oceno te ponudbe samo neugoden.

180 Vsekakor je EIB v fazi oddaje naročila izbranemu ponudniku v praksi spremenila relativno tehtanje tehničnih meril in finančnega merila, kot so opredeljena v uradni razpisni dokumentaciji, da bi pripisala večjo težo finančnemu merilu (glej točko 175 zgoraj).

181 Splošno sodišče v obravnavanem primeru nima dokazov, na podlagi katerih bi lahko z gotovostjo ugotovilo ali izključilo, da so bile spremembe ponudbe izbranega ponudnika ter relativnega tehtanja tehničnih meril in finančnega merila, uvedene po

sestanku 29. januarja 2008 in pred sprejetjem izpodbijane odločbe, take, da so lahko izkrivile primerjalno ocenjevanje ponudb v škodo zavrnjenih ponudnikov, zlasti tožeče stranke, tako da je to lahko vplivalo na rezultat postopka javnega razpisa. Ker je bila EIB v najboljšem položaju za predložitev dokazov v zvezi s tem, mora nositi odgovornost za to negotovost (glej v tem smislu in po analogiji sodbo Sodišča z dne 8. oktobra 1986 v združenih zadevah Leussink proti Komisiji, 169/83 in 136/84, Recueil, str. 2801, točka 17). Zato je treba sprejeti trditev tožeče stranke, v skladu s katero je mogoče, da so zgoraj navedene spremembe izkrivile rezultat javnega razpisa tako, da se je z njimi tožeči stranki nezakonito odvzela resnična možnost za pridobitev naročila.

182 Iz zgoraj navedenega izhaja, da je EIB, s tem ko je od izbranega ponudnika na sestanku 29. januarja 2008 zahtevala, naj spremeni svojo ponudbo, in na podlagi teh sprememb 31. januarja 2008 sprejela izpodbijano odločbo, kršila načela enakega obravnavanja, preglednosti in prepovedi diskriminacije, zaradi česar je mogoče, da je bil izkrivljen rezultat postopka javnega razpisa, ker je bila tožeči stranki nezakonito odvzeta stvarna možnost za pridobitev naročila.

183 Glede na zgornje ugotovitve je treba šesti tožbeni razlog sprejeti.

Peti tožbeni razlog

– Trditve strank

184 Tožeča stranka trdi, da je EIB kršila pravo, ki se uporablja za postopke javnega razpisa, in načelo enakega obravnavanja, ker je izpodbijano odločbo sprejela na podlagi

relativnega tehtanja meril za oddajo, določenega na 75 % točk za tehnična merila in 25 % točk za finančno merilo. V skladu z načeli dobrega finančnega poslovodstva, kot so izražena v členu 36 Direktive 92/50, členu 34 Direktive Sveta 93/38/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem sektorju (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 2, str. 194), členu 138(3) izvedbenih pravil ter sodni praksi, naj bi moral naročnik, če se naročilo oddaja na podlagi ekonomsko najugodnejše ponudbe, pri določanju relativnih uteži meril za oddajo paziti, da ne nevtralizira ali minimalizira „cenovnega učinka“ tako, da bi lahko postopek javnega razpisa pripeljal do nerazumno drage oddaje javnega naročila glede na dejanske potrebe uprave.

185 Kot zatrjuje tožeča stranka, je uprava Skupnosti v zadnjih petnajstih letih v okviru skoraj vseh postopkov oddaje naročil, ki jih je izvedla za svoj račun, pri primerjalnem ocenjevanju ponudb določila – glede relativnega tehtanja meril za oddajo – 50-odstotno ali skoraj 50-odstotno utež za finančno merilo, kadar oddaja ni bila po avtomatskem postopku. Ta praksa naj bi ustrezala načelom dobrega finančnega poslovodstva, pri katerem naj bi ocenjevalna komisija najprej vsaki ponudbi dodelila določeno število točk glede na njeno tehnično vrednost, nato pa naj bi to število točk delila s ceno ponudbe, pri čemer naj bi se naročilo oddalo ponudniku, ki prejme najvišjo oceno. V tem okviru naj bi bila kakovost zagotovljena z merili za izbor ponudnikov in z uporabo pragov, povezanih s tehničnimi merili, v fazi oddaje. Nasprotno naj bi v obravnavanem primeru uporabljeno relativno tehtanje meril za oddajo, določeno na 75 % točk za tehnična merila in samo 25 % točk za finančno merilo, izhajalo iz slabega finančnega poslovodstva, katerega posledica je nevtraliziranje ali minimaliziranje „cenovnega učinka“ v okviru postopka javnega razpisa, vendarle namenjenega opredelitvi „ekonomsko najugodnejše“ ponudbe, in ki lahko pripelje do tega, da uprava naroči nerazumno drage storitve, ker zaradi takega pristopa ponudniki dajo preveliko težo tehnični vrednosti svoje ponudbe samo zato, da bi prejeli najboljšo možno

oceno in pridobili naročilo. Poleg tega naj bi to nenavadno tehtanje z vidika prakse uprave Skupnosti pomenilo posredno diskriminacijo, saj se z njim v nedvomno slabši položaj postavljajo mala in srednje velika podjetja v primerjavi s ponudniki, ki imajo zmožnost predlagati ponudbe, katerih tehnična vrednost močno presega dejanske potrebe zadevnega javnega naročila. Zato naj bi bilo to tehtanje v nasprotju z načelom enakega obravnavanja ponudnikov.

186 Tožeča stranka nazadnje meni, da EIB neutemeljeno trdi, da je bila njena ponudba „najslabša", ker se pri tem opira na rezultate ocene, ki je sama po sebi nezakonita in neobjektivna. V zvezi s tem tožeča stranka navaja, da je treba ta očitek razumeti v povezavi z očitkom, ki se nanaša na zamenljivost meril.

187 V repliki tožeča stranka zatrjuje, da pomeni nevtraliziranje „cenovnega učinka" ponudb, ki izhaja iz relativnega tehtanja meril za oddajo, uporabljenega v obravnavanem primeru, kršitev člena 138(3) izvedbenih pravil, v skladu s katerim „[v]rednotenje cene glede na druga merila ne sme povzročiti, da bi cena ne vplivala na izbiro izvajalca".

188 EIB predlaga, naj se peti tožbeni razlog zavrne. Zatrjuje, da so v skladu s sodno prakso naročniki prosti ne samo pri izbiri meril za oddajo naročila, ampak tudi pri določitvi njihovega tehtanja. Poleg tega naj bi bilo v točki 2.5.1.2 Smernic jasno navedeno, da se lahko v primeru postopka javnega razpisa, za katerega velja merilo ekonomsko najugodnejše ponudbe in ki temelji na razmerju med kakovostjo in ceno, za tehnična merila določi večja relativna utež kot za finančno merilo. EIB za primerjavo navaja, da se tudi s členom 97 finančne uredbe in členom 138 izvedbenih pravil naročnikom zagotavlja prožnost, potrebna za prilagajanje relativnih uteži meril za oddajo predmetu naročila, ter da je v členu 241 izvedbenih pravil določeno, da lahko uprava Skupnosti pri naročilih storitev, oddanih v okviru zunanjih ukrepov, za merila za oddajo določi

relativne uteži v vrednosti 80 % točk za tehnična merila in 20 % točk za finančno merilo. V obravnavanem primeru naj bi bili tehnična vrednost ponudb in usposobljenost ponudnikov za EIB ključna dejavnika, ker je zadevna programska aplikacija namenjena podpori posojilnih dejavnosti, ki so v središču njenih nalog.

189 EIB trdi, da relativno tehtanje meril za oddajo ni bilo nenavadno glede na enaka naročila, kakršna je oddala ona ali so jih oddale celo institucije, in glede na standarde kakovosti, ki jih njena služba za informatiko uporablja za naročila „intelektualnih storitev podpore informacijskih sistemov".

190 V zvezi s trditvijo tožeče stranke, da je bila z relativnim tehtanjem meril za oddajo, uporabljenim v obravnavanem primeru, postavljena v slabši položaj zaradi nevtraliziranja „cenovnega učinka" v postopku javnega razpisa, EIB navaja, da tožeča stranka ne more razumno pričakovati, da bo pridobila naročilo samo zato, ker je predlagala najnižjo ceno. Tudi če bi bilo navedeno relativno tehtanje táko, kot je navedla tožeča stranka, in sicer 50 % točk za tehnična merila in 50 % točk za finančno merilo, naj njena ponudba ne bi bila izbrana, ker je za tehnična merila prejela precej nižjo oceno kot ponudba izbranega ponudnika. Glede izkušenj v bančnem sektorju naj bi bila ponudba izbranega ponudnika res popolna, kot naj bi dokazovali življenjepisi večine oseb, ki jih je predlagal, medtem ko naj bi imel med analitiki, ki jih je predlagala tožeča stranka, potrebno usposobljenost na bančnem področju samo eden. Tožeča stranka naj bi tudi neutemeljeno trdila, da je bil s tem relativnim tehtanjem nevtraliziran „cenovni učinek" v postopku javnega razpisa, saj je njena ponudba kljub tehnični vrednosti, ki je bila po mnenju ocenjevalne komisije na tehnični ravni najslabša od

petih neizločenih ponudb in le malo boljša od obeh ponudb, izločenih ob koncu tehničnega ocenjevanja, dobila drugo najvišjo skupno oceno zaradi prejetega števila točk za finančno merilo, saj je tožeča stranka predlagala najnižjo ceno.

– Presoja Splošnega sodišča

191 Pomembno je poudariti, da izpodbijana odločba ne temelji na prvotno določenem relativnem tehtanju meril za oddajo (glej točko 3 zgoraj), ker se je EIB od navedenega tehtanja oddaljila, s tem ko je od ponudnika zahtevala, naj, preden mu odda naročilo, zniža skupno ceno, določeno v njegovi ponudbi (glej točko 175 zgoraj). Vendar, ker izpodbijana odločba v delu, ki se nanaša na zavrnitev ponudb drugih ponudnikov, pripuščenih k primerjalnemu ocenjevanju ponudb, in zlasti na zavrnitev ponudbe tožeče stranke, temelji na uporabi navedenega relativnega tehtanja meril za oddajo, ima tožeča stranka interes za to, da posredno predlaga nadzor nad njegovo zakonitostjo, in to neodvisno od kršitve načela enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije, ugotovljene v okviru preučitve šestega tožbenega razloga zaradi spremembe relativnega tehtanja meril za oddajo, uporabljenega v postopku javnega razpisa (glej točko 182 zgoraj).

192 V skladu z ustaljeno sodno prakso so naročniki v zvezi z opredeljevanjem ekonomsko najugodnejše ponudbe prosti ne samo pri izbiri meril za oddajo naročila, ampak tudi pri določitvi njihovega tehtanja, če to omogoča celostno presojo meril, sprejetih za izbiro ekonomsko najugodnejše ponudbe (glej v tem smislu sodbo Sodišča z dne 27. oktobra 2005 v zadevi Contse in drugi, C-234/03, ZOdl., str. I-9315, točka 68 in navedena sodna praksa, ter zgoraj v točki 109 navedeno sodbo Strabag Benelux proti

Svetu, točka 77). Poleg tega v skladu z načelom enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije relativno tehtanje različnih meril ali podmeril ne sme biti sprejeto ob upoštevanju dejavnikov, ki bi lahko diskriminacijsko učinkovali na enega od ponudnikov (glej v tem smislu sodbo Sodišča z dne 24. novembra 2005 v zadevi ATI EAC e Viaggi di Maio in drugi, C-331/04, ZOdl., str. I-10109, točka 32, in zgoraj v točki 142 navedeno sodbo Lianakis in drugi, točki 42 in 43).

193 Iz uvoda Smernic izhaja, da „[EIB] meni, da je na splošno najboljši način za uporabo [temeljnih] načel [EU v okviru postopkov javnih razpisov] ta, da se zagotovita konkurenca med kvalificiranimi ponudniki ter izbor na podlagi premislekov v zvezi s ceno in kakovostjo". Poleg tega se točka 2.1 Smernic sklicuje na „prevladujočo skrb [EIB] za zagotovitev najboljšega razmerja med stroški in rezultati" pri dodeljevanju naročil, ki jih oddaja za svoj račun. V točki 2.5.1.2 Smernic, naslovljeni „Merila za oddajo naročila", je v zvezi s tem pojasnjeno, da je „ekonomsko najugodnejš[a] ponudb[a] […] z vidika [EIB]" načelno tista, ki ima „najboljše razmerje med kakovostjo in ceno" „na podlagi različnih meril v zvezi s predmetom zadevnega naročila […]".

194 Razen v izjemnih okoliščinah, ki jih mora EIB obrazložiti, zahteva, da je treba ob koncu celostne presoje meril, izbranih za opredelitev ekonomsko najugodnejše ponudbe, zagotoviti najboljše razmerje „med stroški in rezultati" ali „med kakovostjo in ceno", pomeni, da relativna utež finančnega merila ne sme pripeljati do nevtraliziranja navedenega merila pri izbiri ponudnika, ki mu bo naročilo oddano.

195 Na prvi pogled bi bilo mogoče meniti, da je EIB zakonito določila relativno tehtanje meril za oddajo, uporabljeno v obravnavanem primeru ter določeno na 75 % točk za tehnična merila in 25 % točk za finančno merilo, ker po eni strani to tehtanje izraža lastno presojo EIB, v skladu s katero je bila cena glede na vrsto in predmet naročila – to se je nanašalo na programsko aplikacijo, namenjeno podpori posojilnih dejavnosti, ki

so v središču nalog EIB – čeprav ni bila zanemarljiva, drugotnega pomena v primerjavi s tehnično vrednostjo, ter ker je bilo po drugi strani to tehtanje uporabljeno enako in pregledno za vse ponudnike.

196 Vendar, kot izhaja iz dejanskega stanja v obravnavanem primeru, je EIB na koncu glede na rezultat primerjalnega ocenjevanja ponudb ugotovila, da prvotno izbrana relativna utež finančnega merila pelje v premočno nevtraliziranje navedenega merila pri izbiri ponudnika, ki mu bo naročilo oddano, in da je zato treba za oddajo naročila izbranemu ponudniku ponovno presoditi težo cenovnega merila, kar je bilo izvedeno na poganjanjih s tem ponudnikom na sestanku 29. januarja 2008 (glej točko 175 zgoraj).

197 Iz tega sledi, da izpodbijana odločba v delu, ki se nanaša na zavrnitev ponudb drugih ponudnikov, pripuščenih k primerjalnemu ocenjevanju ponudb, med drugim tudi na zavrnitev ponudbe tožeče stranke, temelji na uporabi relativnega tehtanja meril za oddajo, ki je po presoji EIB ob sprejetju te odločbe peljalo v premočno nevtraliziranje finančnega merila in ki zato ob koncu celostne presoje meril, izbranih za opredelitev ekonomsko najugodnejše ponudbe, ni omogočalo zagotovitve najboljšega razmerja „med stroški in rezultati“ ali „med kakovostjo in ceno“.

198 Poleg tega iz zgoraj navedenega – enako kot iz preučitve šestega tožbenega razloga – izhaja, da je EIB kršila načelo enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije, ko je med postopkom javnega razpisa spremenila relativno tehtanje meril za oddajo.

199 Glede na zgornje ugotovitve je treba peti tožbeni razlog sprejeti.

200 Iz vseh zgornjih ugotovitev izhaja, da je utemeljenih vseh šest tožbenih razlogov, navedenih v utemeljitev predloga za razglasitev ničnosti, ter da je treba torej navedenemu predlogu ugoditi in izpodbijano odločbo razglasiti za nično.

Odškodninski zahtevek

Trditve strank

201 Tožeča stranka Splošnemu sodišču predlaga – če bi ugotovilo, da je bila izpodbijana odločba sprejeta v nasprotju s pravom, ki se uporablja za postopke javnih razpisov, in/ali načeloma preglednosti in enakega obravnavanja, ter glede na to, da bo o tem sporu verjetno odločalo šele po tem, ko bo izbrani ponudnik v skladu z izpodbijano odločbo že v celoti izpolnil naročilo – naj na podlagi členov 235 ES in 288 ES odredi, da ji mora EIB plačati odškodnino v znesku 1.940.000 EUR.

202 Tožeča stranka meni, da bi moralo biti odškodninskemu zahtevku ugodeno iz naslednjih razlogov.

203 Prvič, tožeča stranka trdi, da se v skladu z ustaljeno sodno prakso sklicuje na dovolj hudo kršitev hierarhično višjega pravnega pravila, ki varuje posameznike, ali pravnega pravila, katerega namen je dati pravice posameznikom, ki lahko utemeljuje odgovornost Skupnosti ali v tem primeru EIB. Ta kršitev EIB kot naročnika naj bi izhajala iz „nezakonitosti“ izpodbijane odločbe ter iz ocene, na kateri ta odločba temelji in

kot je navedena v tožbi, in sicer iz kršitve prava, ki se uporablja za postopke javnih razpisov, kršitve načel preglednosti in enakega obravnavanja, kršitve določb Smernic, prepoznega sporočanja informacij, nezadostne obrazložitve izpodbijane odločbe, uporabe diskriminacijskih meril, zamenjave meril za oddajo naročila z merili za izbor ponudnikov ter, nazadnje, iz nezakonitega relativnega tehtanja tehničnih meril in finančnega merila v fazi oddaje naročila.

204 Drugič, tožeča stranka zatrjuje, da se opira na škodo, ki je posledica izpodbijane odločbe in ustreza bruto dobičku, za katerega je bila nepravično prikrajšana, ker je bilo naročilo namesto njej nezakonito oddano izbranemu ponudniku. Če bi Splošno sodišče ugotovilo, da bi morala biti njena ponudba ob koncu faze primerjalnega ocenjevanja ponudb uvrščena na prvo mesto, naj bi bilo treba to škodo pripisati EIB, da bi se ji naložile sankcije zaradi nezakonitosti, storjenih v postopku javnega razpisa, ali, kot je tožeča stranka na obravnavi pojasnila v odgovor na vprašanje Splošnega sodišča, da bi se EIB naložil prispevek k fiksnim stroškom in gospodarskim tveganjem, nastalim zaradi sodelovanja tožeče stranke pri javnih naročilih. Po drugi strani tožeča stranka jasno navaja, da ne zahteva povračila stroškov, nastalih zaradi njenega sodelovanja v postopku javnega razpisa.

205 In, tretjič, tožeča stranka navaja, da je količinsko opredelila svojo škodo. Ta naj bi znašala 1.940.000 EUR. V zvezi s tem navedenim zneskom naj bi bilo treba upoštevati, da bi bruto dobiček za to vrsto storitev znašal približno 50 % zaračunane cene, kot naj bi dokazovali računovodski izkazi, ki jih je odobrila Komisija v raziskovalnih in razvojnih projektih, ki jih je financirala. Ker je EIB v specifikaciji zahtevala storitve skupno desetih strokovnjakov (štirih za vzdrževanje in šestih za projekte storitev) ter je „povprečen dnevni strošek“ njene ponudbe znašal 441 EUR, naj bi bilo mogoče ceno te ponudbe izračunati tako: 441 EUR krat 220 oseb/dni na leto krat 10 oseb

na leto krat 4 leta, kar je približno 3,88 milijona EUR. Ta cena naj bi bila skladna s proračunom, ki je bil napovedan za naročilo in je znašal od 3,5 do 7 milijonov EUR. Neprejeti bruto dobiček naj bi torej ustrezal 50 % zneska 3,88 milijona EUR, kar je 1,94 milijona EUR.

206 EIB podredno trdi, da odškodninski zahtevek ni utemeljen. Če eden od pogojev za nepogodbeno odgovornost ni izpolnjen, naj bi bilo treba v skladu s sodno prakso tožbo zavrniti v celoti, ne da bi bilo treba preučiti druge pogoje za navedeno odgovornost. V obravnavanem primeru naj bi torej zadoščala ugotovitev, da ni storila nobene nepravilnosti ali nezakonitosti, ki bi lahko povzročila nastanek nepogodbene odgovornosti Skupnosti v okviru postopka javnega razpisa. Poleg tega naj bi tožeča stranka neutemeljeno zahtevala povračilo škode, ki ustreza bruto dobičku, ki bi ga prejela v primeru pridobitve naročila. Zatrjevana izguba dobička naj bi bila prihodnja in hipotetična, kajti tudi če naročilo ne bi bilo oddano izbranemu ponudniku na podlagi izpodbijane odločbe in sporne ocene, naj tožeča stranka ne bi mogla zagotovo vedeti, da bi bilo naročilo oddano njej. Čeprav lahko Splošno sodišče razglasi izpodbijano odločbo za nično, naj nikoli ne bi moglo odrediti, naj uprava naročilo dodeli določenemu ponudniku. V skladu s sodno prakso naj zato take škode ne bi bilo mogoče upoštevati.

Presoja Splošnega sodišča

207 Kot je določeno z ustaljeno sodno prakso, morajo biti za nepogodbeno odgovornost Skupnosti na podlagi člena 288, drugi odstavek, ES izpolnjeni vsi pogoji, ki se nanašajo na nezakonitost ravnanja, ki se očita instituciji, obstoj škode ter obstoj vzročne zveze med tem ravnanjem in zatrjevano škodo. Iz tega izhaja, da odgovornost Skupnosti

ni mogoča, če niso izpolnjeni vsi ti pogoji (sodba Sodišča z dne 29. septembra 1982 v zadevi Oleifici Mediterranei proti EGS, 26/81, Recueil, str. 3057, točka 16, in sodba Splošnega sodišča z dne 16. oktobra 1996 v zadevi Efisol proti Komisiji, T-336/94, Recueil, str. II-1343, točka 30).

208 V obravnavanem primeru je treba najprej preučiti, ali je izpolnjen pogoj v zvezi z obstojem vzročne zveze med nezakonitim ravnanjem EIB in škodo, ki jo navaja tožeča stranka.

209 Glede pogoja v zvezi z obstojem vzročne zveze med očitanim ravnanjem in zatrjevano škodo iz ustaljene sodne prakse izhaja, da mora biti zatrjevana škoda dovolj neposredna posledica očitanega ravnanja, pri čemer mora biti to ravnanje odločilni vzrok škode (glej v tem smislu sodbo Sodišča z dne 4. oktobra 1979 v združenih zadevah Dumortier in drugi proti Svetu, 64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 in 45/79, Recueil, str. 3091, točka 21, in sodbo Splošnega sodišča z dne 11. julija 1996 v zadevi International Procurement Services proti Komisiji, T-175/94, Recueil, str. II-729, točka 55). Tožeče stranke pa morajo dokazati tako vzročno zvezo (glej sodbo Sodišča z dne 30. januarja 1992 v združenih zadevah Finsider in drugi proti Komisiji, C-363/88 in C-364/88, Recueil, str. I-359, točka 25, in sodbo Splošnega sodišča z dne 24. aprila 2002 v zadevi EVO proti Svetu in Komisiji, T-220/96, Recueil, str. II-2265, točka 41 in navedena sodna praksa).

210 Kot izhaja iz tožbe (glej točko 81 zgoraj), se tožeča stranka sklicuje na škodo, ki ustreza „ocenjenemu bruto dobičku, ki bi ga imela v okviru postopka oddaje javnega naročila, če bi ji bilo naročilo oddano“. V pisanjih priznava, da bi se lahko EIB plačilo odškodnine, ki ustreza izgubljenemu bruto dobičku, kot je izračunan v tožbi, naložilo samo, če bi lahko Splošno sodišče ugotovilo, da bi morala biti njena ponudba ob koncu primerjalnega ocenjevanja ponudb uvrščena na prvo mesto (glej točko 204 zgoraj). Odškodninski zahtevek tožeče stranke tako temelji na prepričanju, da sta ji bili z izpodbijano odločbo preprečeni pridobitev naročila in sklenitev okvirnega sporazuma o izvedbi tega naročila z EIB. Tak zahtevek je treba razlagati tako, da njegov namen ni plačilo odškodnine za izgubo možnosti za pridobitev naročila, ampak plačilo odškodnine za izgubo samega naročila. Dejstvo, da je tožeča stranka na obravnavi v odgovor na vprašanje Splošnega sodišča navedla, da odškodninski zahtevek nekako vključuje tudi izgubo možnosti, ker je nesklenitev sporazuma ogrozila njene možnosti,

da bi v prihodnosti pridobila druga javna naročila, in, na splošno, da bi nadomestila fiksne stroške, nastale z njenimi dejavnostmi na področju javnih naročil, na to razlago ne vpliva. Te nove postavke škode namreč poleg tega, da so bile uveljavljane prepozno in so zato nedopustne, nikakor ne temeljijo na izgubi možnosti tožeče stranke za sklenitev sporazuma o naročilu, ampak na posledicah, ki po njenem mnenju izhajajo neposredno iz izgube samega naročila.

211 V obravnavanem primeru tožeča stranka ni dokazala, da bi morala biti njena ponudba v fazi primerjalnega ocenjevanja ponudb uvrščena na prvo mesto, niti ni predložila dokazov, na podlagi katerih bi lahko Splošno sodišče z gotovostjo sklepalo o tem. Tudi če bi se priznalo, da bi morala biti ponudba tožeče stranke prvouvrščena in da bi moralo biti naročilo zato oddano njej, to EIB ne bi obvezovalo k podpisu okvirnega sporazuma z njo. Nobeno načelo ali pravilo, ki se uporablja za postopke javnih razpisov EIB, namreč ne določa, da mora EIB podpisati sporazum o naročilu z osebo, ki je ob koncu postopka javnega razpisa izbrana za oddajo naročila (glej v tem smislu in po analogiji zgoraj v točki 147 navedeno sodbo Fracasso in Leitschutz, točki 24 in 25, ter zgoraj v točki 125 navedeno sodbo Embassy Limousines & Services proti Parlamentu, točka 54).

212 Zato ni mogoče ugotoviti, da obstaja vzročna zveza med tem, da je EIB sprejela izpodbijano odločbo, ki je, kot izhaja iz preučitve predloga za razglasitev ničnosti, nezakonita, ter škodo, ki jo navaja tožeča stranka in ki izhaja iz izgube samega naročila. Iz tega sledi, da tožeča stranka neutemeljeno zahteva povračilo škode, ki izhaja iz tega, da ni sklenila okvirnega sporazuma z EIB in, *a fortiori*, izvedla naročila.

213 Iz zgoraj navedenega izhaja, da je treba odškodninski zahtevek v celoti zavrniti.

214 To ne vpliva na nadomestilo, do katerega bi bila lahko tožeča stranka upravičena na podlagi člena 266 PDEU zaradi ustrezne poprave njenega položaja po razglasitvi ničnosti izpodbijane odločbe (glej točko 67 zgoraj).

Stroški

215 Tožeča stranka pojasnjuje, da je bila primorana začeti ta postopek in zahtevati povračilo škode, ki jo je utrpela, ker je EIB napačno ocenila njeno ponudbo ter ker ni bila obveščena o tem, kakšne so lastnosti in relativne prednosti izbrane ponudbe v primerjavi z njeno ponudbo. Pomanjkanje obrazložitve in dejstvo, da ji ocenjevalno poročilo kljub zahtevam nikoli ni bilo poslano, naj bi bila zadostna razloga za to, da se EIB naloži plačilo stroškov, tudi če bi bila tožba zavrnjena.

216 EIB meni, da v obravnavanem primeru pogoji iz člena 87(3), drugi pododstavek, Poslovnika niso izpolnjeni in da je treba zato uporabiti člen 87(2) tega poslovnika. Tožeča stranka naj ne bi dokazala, da so ji bili stroški povzročeni brez razloga ali iz nagajivosti, kot naj tudi ne bi bili. Poleg tega naj bi bilo treba upoštevati, da je odgovorila na zahteve tožeče stranke za dodatne informacije, zlasti z dopisom z dne 1. avgusta 2008 (sodba Splošnega sodišča z dne 26. februarja 2002 v zadevi Esedra proti Komisiji, T-169/00, Recueil, str. II-609, točka 192). Tako naj bi imela tožeča stranka, ko je vložila tožbo, vse informacije, potrebne za zaščito svojih pravic.

217 Na podlagi člena 87(3), drugi pododstavek, Poslovnika lahko Splošno sodišče stranki naloži plačilo stroškov, za katere meni, da jih je ta stranka brez razloga ali iz nagajivosti povzročila nasprotni stranki. V obravnavanem primeru je treba glede na dejstvo, da je bila izpodbijana odločba nezadostno obrazložena, in zaradi upoštevanja številnih

nezakonitosti, ki jih je storila EIB v okviru postopka oddaje naročila, ki je pripeljal do sprejetja izpodbijane odločbe, zaradi česar je morala tožeča stranka vložiti to tožbo, EIB naložiti plačilo vseh stroškov.

Iz teh razlogov je

SPLOŠNO SODIŠČE (četrti senat)

razsodilo:

1. **Odločba Evropske investicijske banke (EIB) o nesprejetju ponudbe, ki jo je v okviru postopka javnega razpisa 2007/S 176-215155 v zvezi z opravljanjem storitev, namenjenih zagotavljanju „pomoči pri vzdrževanju, podpori in razvoju sistema ‚Loans Front Office' (Serapis)", predložila družba Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, ter o oddaji naročila družbi Sybase BVBA se razglasi za nično.**

2. **V preostalem se tožba zavrne.**

3. **EIB se naloži plačilo stroškov.**

Pelikánová Jürimäe Van der Woude

Razglašeno na javni obravnavi v Luxembourgu, 20. septembra 2011.

Podpisi

Kazalo

Dejansko stanje ..... II - 6379

Postopek in predlogi strank ..... II - 6384

Pravo ..... II - 6386

1. Dopustnost tožbe ..... II - 6386

Pristojnost Splošnega sodišča ..... II - 6387

Trditve strank ..... II - 6387

Presoja Splošnega sodišča ..... II - 6389

Pravni interes tožeče stranke za vložitev ničnostne tožbe zoper izpodbijano odločbo ..... II - 6400

Trditve strank ..... II - 6400

Presoja Splošnega sodišča ..... II - 6401

Neizpodbijanje metode, uporabljene v okviru primerjalnega ocenjevanja ponudb, med postopkom javnega razpisa ..... II - 6404

Trditve strank ..... II - 6404

Presoja Splošnega sodišča ..... II - 6404

Nejasnost odškodninskega zahtevka ..... II - 6406

Trditve strank ..... II - 6406

Presoja Splošnega sodišča ..... II - 6406

2. Vsebinska presoja ..... II - 6408

Pravo, ki se uporabi ..... II - 6408

Trditve strank ..... II - 6408

Presoja Splošnega sodišča ..... II - 6409

Predlog za razglasitev ničnosti ..... II - 6413

Prvi in drugi tožbeni razlog ..... II - 6414

– Trditve strank ..... II - 6414

– Presoja Splošnega sodišča ..... II - 6416

Tretji in četrti tožbeni razlog ..... II - 6427

– Trditve strank ..... II - 6427

– Presoja Splošnega sodišča ..... II - 6430

Šesti tožbeni razlog ..... II - 6437

– Trditve strank ..... II - 6437

– Presoja Splošnega sodišča ..... II - 6440

Peti tožbeni razlog ..... II - 6452

– Trditve strank ..... II - 6452

– Presoja Splošnega sodišča ..... II - 6456

Odškodninski zahtevek ..... II - 6459

Trditve strank ..... II - 6459

Presoja Splošnega sodišča ..... II - 6461

Stroški ..... II - 6464