WYROK SĄDU (piąta izba)

z dnia 10 grudnia 2009 r.*

W sprawie T-195/08

Antwerpse Bouwwerken NV, z siedzibą w Antwerpii (Belgia), reprezentowana początkowo przez adwokatów J. Verbista oraz D. de Keustera, a następnie przez adwokatów J. Verbista, B. van de Wallego de Ghelckego oraz A. Vandervenneta,

strona skarżąca,

przeciwko

Komisji Europejskiej, reprezentowanej przez E. Manhaeve'a, działającego w charakterze pełnomocnika, wspieranego przez adwokata M. Geldersa,

strona pozwana,

mającej za przedmiot, po pierwsze, skargę o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji w sprawie odrzucenia oferty złożonej przez skarżącą w ramach przetargu ograniczonego na budowę hali przeznaczonej do produkcji materiałów odniesienia na terenie

* Język postępowania: niderlandzki.

Instytutu Materiałów Odniesienia i Pomiarów w Geel (Belgia) i w sprawie udzielenia zamówienia innemu kandydatowi, a po drugie, skargę o naprawienie szkody poniesionej jakoby przez skarżącą wskutek wydania przez Komisję owej decyzji,

SĄD (piąta izba),

w składzie: M. Vilaras (sprawozdawca), prezes, M. Prek i V.M. Ciucă, sędziowie,

sekretarz: J. Plingers, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 10 czerwca 2009 r.,

wydaje następujący

Wyrok

Ramy prawne

1 Artykuł 27 ust. 1, art. 89 ust. 1, art. 91 ust. 1, art. 99, art. 100 ust. 2 i art. 101 rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie

rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz.U. L 248, s. 1), zmienionego rozporządzeniem Rady (WE, Euratom) nr 1995/2006 z dnia 13 grudnia 2006 r. (Dz.U. L 390, s. 1) (zwanego dalej „rozporządzeniem finansowym"), stanowią:

„Artykuł 27

1. Środki budżetowe wykorzystuje się zgodnie z zasadą należytego zarządzania finansami, a mianowicie zgodnie z zasadami gospodarności, efektywności i skuteczności. […]

Artykuł 89

1. Wszystkie zamówienia publiczne finansowane w całości lub części z budżetu odpowiadają zasadom przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania i niedyskryminacji. […]

Artykuł 91

1. Procedury udzielania zamówień przyjmują jedną z następujących form:

a) procedury otwartej;

b) procedury ograniczonej;

c) konkursów;

d) procedury negocjowanej;

e) dialogu konkurencyjnego.

[…]

Artykuł 99

Podczas trwania procedury przetargowej wszelkie kontakty między zamawiającym a kandydatami lub oferentami muszą odbywać się na zasadach zapewniających przejrzystość i równość traktowania. Nie mogą prowadzić do zmian warunków umowy lub warunków zawartych w pierwotnej ofercie. […]

Artykuł 100

[…]

2. Zamawiający powiadamia wszystkich kandydatów lub oferentów, których wnioski lub oferty zostały odrzucone, o podstawach podjęcia decyzji, a także wszystkich oferentów, których oferty zostały dopuszczone i którzy zwrócili się z prośbą na piśmie, [o] ogólnych danych oraz zaletach oferty, która wygrała przetarg, oraz nazwisku oferenta, któremu udzielono zamówienia.

Jednakże niektórych szczegółowych informacji nie należy udostępniać, w przypadku gdy ich udostępnienie utrudniłoby stosowanie prawa, byłoby sprzeczne z interesem publicznym lub zaszkodziłoby prawnym interesom gospodarczym przedsiębiorstw prywatnych lub publicznych lub zakłóciłoby uczciwą konkurencję między tymi przedsiębiorstwami.

Artykuł 101

Zamawiający, przed podpisaniem umowy, może zrezygnować z zamówienia lub unieważnić procedurę udzielenia zamówienia, przy czym oferenci lub kandydaci nie są uprawnieni do wystąpienia o odszkodowanie.

Decyzja musi być uzasadniona i przedłożona kandydatom lub oferentom".

2 Artykuły 122, 138, 139, 148 i 158a rozporządzenia Komisji (WE, Euratom) nr 2342/2002 z dnia 23 grudnia 2002 r. ustanawiającego szczegółowe zasady wykonania rozporządzenia finansowego (Dz.U. L 357, s. 1), zmienione rozporządzeniem Komisji (WE, Euratom) nr 1261/2005 z dnia 20 lipca 2005 r. (Dz.U. L 201, s. 3), rozporządzeniem Komisji (WE, Euratom) nr 1248/2006 z dnia 7 sierpnia 2006 r. (Dz.U. L 201, s. 3) i rozporządzeniem Komisji (WE, Euratom) nr 478/2007 z dnia 23 kwietnia 2007 r. (Dz.U. L 111, s. 13) (zwanego dalej „rozporządzeniem wykonawczym"), stanowią:

„*Artykuł 122*

Rodzaje procedur przetargowych

(Artykuł 91 rozporządzenia finansowego)

1. Zamówienia udzielane są poprzez zaproszenie do składania ofert, przy zastosowaniu procedury otwartej, ograniczonej lub negocjacyjnej, po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu, lub przy zastosowaniu procedury negocjacyjnej, bez wcześniejszej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, tam gdzie jest to stosowne, w następstwie przeprowadzenia konkursu.

2. Zaproszenie do składania ofert otwierane jest, jeżeli wszystkie zainteresowane podmioty gospodarcze mogą złożyć ofertę. […]

Zaproszenia do składania ofert są ograniczone, jeżeli wszystkie podmioty gospodarcze mogą wnioskować o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ale tylko kandydaci

spełniający kryteria wyboru określone w art. 135 oraz zapraszani równocześnie i w formie pisemnej przez instytucje zamawiające mogą składać oferty. […]

Etap selekcji może być powtarzany w odniesieniu do każdego poszczególnego zamówienia […] lub obejmować sporządzenie listy potencjalnych kandydatów zgodnie z procedurą ograniczoną, określoną w art. 128.

[…]

Artykuł 138

Ustalenia i kryteria udzielania

(Artykuł 97 ust. 2 rozporządzenia finansowego)

1. Bez uszczerbku dla art. 94 rozporządzenia finansowego, zamówienia są udzielane w jeden z następujących dwóch sposobów:

a) na podstawie automatycznej procedury przetargowej, w którym to przypadku zamówienie jest udzielane oferentowi, który — składając prawidłową ofertę i spełniającą warunki ustanowione — podaje najniższą cenę;

b) lub poprzez przyjęcie oferty ekonomicznie najbardziej korzystnej. […]

Artykuł 139

Nienormalnie niskie oferty

(Artykuł 97 ust. 2 rozporządzenia finansowego)

1. Jeżeli w przypadku konkretnego zamówienia oferty wydają się nienormalnie niskie w stosunku do świadczeń, zamawiający zobowiązany jest przed odrzuceniem tych ofert zwrócić się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów dotyczących tych elementów ofert, które uważa za istotne, oraz zweryfikować je z uwzględnieniem otrzymanych wyjaśnień. […]

Artykuł 148

Kontakty między instytucjami zamawiającymi i oferentami

(Artykuł 99 rozporządzenia finansowego)

1. Kontakty między instytucjami zamawiającymi i oferentami w trakcie procedury przetargowej mogą mieć miejsce, w drodze wyjątku, zgodnie z warunkami wymienionymi w ust. 2 i 3.

[…]

3. Jeżeli po otwarciu ofert wymagane są jakieś wyjaśnienia w związku z ofertą lub jeżeli oczywiste pomyłki urzędnicze [pisarskie] w ofercie wymagają skorygowania, instytucja zamawiająca może skontaktować się z oferentem, mimo że taki kontakt nie może prowadzić do jakiejkolwiek zmiany warunków oferty.

[…]

Artykuł 158a

Okres standstill przed podpisaniem zamówienia

(Artykuł 105 rozporządzenia finansowego)

1. Instytucja zamawiająca podpisuje z wybranym oferentem zamówienie bądź umowę ramową objęte dyrektywą 2004/18/WE nie wcześniej niż po upływie 14 dni kalendarzowych.

Termin ten biegnie:

a) od dnia następującego po dniu równoległego poinformowania o decyzjach o udzieleniu zamówienia i decyzjach o odrzuceniu oferty;

b) od dnia [następującego po dniu], w którym ogłoszenie o udzieleniu zamówienia określone w art. 118 zostało opublikowane w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, w przypadku gdy udzielenie zamówienia lub umowy ramowej odbyło się według procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

W razie konieczności instytucja zamawiająca może zawiesić podpisanie zamówienia w celu przeprowadzenia dodatkowej analizy, jeżeli uzasadniają to wnioski lub uwagi

przekazane przez odrzuconych albo poszkodowanych oferentów lub kandydatów bądź jakiekolwiek inne otrzymane przez nią odnośne informacje. Wnioski lub uwagi oraz wszelkie informacje muszą wpłynąć w terminie określonym w akapicie pierwszym. W przypadku zawieszenia podpisania zamówienia wszyscy kandydaci lub oferenci są informowani w terminie trzech dni roboczych od dnia decyzji o zawieszeniu. Wszystkie zamówienia podpisane przed upływem terminu określonego w akapicie pierwszym uznaje się za nieważne, z wyjątkiem przypadków przewidzianych w ust. 2. W przypadku gdy zamówienie nie może zostać udzielone lub umowa ramowa nie może zostać zawarta z przewidzianym oferentem, instytucja zamawiająca może udzielić zamówienia lub zawrzeć umowę ramową z następnym w kolejności oferentem w rankingu najlepszych oferentów.

[…]".

3 Artykuły 2 i 28 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114) mają następujące brzmienie:

„*Artykuł 2*

Zasady udzielania zamówień

Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty.

Artykuł 28

Zastosowanie procedury otwartej, ograniczonej i negocjacyjnej oraz dialogu konkurencyjnego

Podczas udzielania zamówień publicznych instytucje zamawiające stosują krajowe procedury dostosowane do celów niniejszej dyrektywy.

Udzielają one takich zamówień publicznych, stosując procedury otwarte lub ograniczone […]".

Okoliczności powstania sporu

4 Komisja Europejska postanowiła udzielić zamówienia publicznego na budowę hali przeznaczonej do produkcji materiałów odniesienia na terenie Instytutu Materiałów Odniesienia i Pomiarów (IMOP) w Geel (Belgia). Zdecydowała się ona skorzystać z procedury ograniczonej w rozumieniu art. 122 ust. 2 akapit drugi rozporządzenia wykonawczego i, opublikowawszy w dniu 31 maja 2006 r. ogłoszenie o zamówieniu, ogłosiła przetarg ograniczony na budowę tejże hali.

5 Skarżąca, Antwerpse Bouwwerken NV, spółka C. oraz dwa inne przedsiębiorstwa wzięły udział w tym postępowaniu. Punkt 25 załącznika administracyjnego do

przekazanej im specyfikacji stanowi, że omawiane zamówienie publiczne zostanie udzielone poprzez wybranie najtańszej oferty, i precyzuje:

„[N]ależy podać wszystkie ceny wskazane w kosztorysie pod groźbą wykluczenia z postępowania. Dotyczy to również ewentualnych modyfikacji kosztorysu dokonywanych w następstwie uwag zgłoszonych w odpowiednim czasie przez kandydatów".

6 W dniu 21 września 2007 r. skarżąca złożyła ofertę. Proponowana cena wyniosła 10 315 112,32 EUR.

7 W dniu 5 listopada 2007 r. komisja przetargowa powołana przez Komisję sporządziła pierwsze sprawozdanie z oceny złożonych ofert. Owo sprawozdanie stanowi w szczególności, że „[spółka C.] podała cenę jednostkową za pozycję 03.09.15 B, lecz nie zawarła jej w cenie całkowitej. Powinno się dodać 973,76 EUR, co daje nową sumę 9 728 946,14 EUR", że „[spółka C.] nie podała również ceny jednostkowej za pozycję E 9.26", że „[o]ferta [skarżącej] nie jest dotknięta żadnym brakiem", że „[spółka C.] i [pozostałe przedsiębiorstwa] nie wskazały cen za niektóre pozycje", że z tego powodu „ich oferty winny zostać uznane za niezgodne z warunkami" i że „[w] związku z tym tylko [skarżąca] złożyła ofertę zgodną z warunkami". Mając powyższe na względzie, komisja przetargowa zaproponowała, by omawiane zamówienie publiczne zostało udzielone skarżącej.

8 Pismem z dnia 27 lutego 2008 r. Komisja poinformowała skarżącą, że:

— jej oferta została przyjęta celem udzielenia zamówienia, przy czym Komisja zwróciła uwagę skarżącej na fakt, iż nie prowadziło to do powstania po stronie Komisji żadnego obowiązku, jako że jej właściwe służby mogły zawsze zrezygnować z zamówienia lub unieważnić procedurę przetargową, a w takiej sytuacji skarżąca nie mogłaby dochodzić jakiegokolwiek odszkodowania;

— umowa mogła zostać podpisana dopiero po upływie dwutygodniowego terminu i że Komisja zastrzegła sobie prawo zawieszenia podpisania umowy celem przeprowadzenia dodatkowej analizy, jeżeli uzasadniałyby to wnioski lub uwagi przekazane przez kandydatów, których oferty zostały odrzucone, lub wszelkie inne otrzymane przez nią istotne informacje.

9 W odpowiedzi na pismo spółki C. z dnia 3 marca 2008 r., w którym spółka ta wystąpiła o przekazanie wyjaśnień w przedmiocie powodów odrzucenia złożonej przez nią oferty, Komisja stwierdziła w piśmie z dnia 10 marca 2008 r., iż rzeczona oferta została odrzucona ze względu na niezgodność z warunkami przewidzianymi w specyfikacji i w załączniku administracyjnym do tej specyfikacji. Komisja zawarła w tymże piśmie fragment sprawozdania z oceny sporządzonego w dniu 5 listopada 2007 r., z którego wynika w szczególności, że wspomniana spółka nie podała ceny za pozycję E 9.26 kosztorysu.

10 W piśmie z dnia 11 marca 2008 r., które Komisja otrzymała następnego dnia, spółka C. wskazała, że brakująca w jej ofercie cena za pozycję E 9.26 kosztorysu mogła zostać wywiedziona w ewidentny sposób z ceny proponowanej za pozycję E 9.13 tegoż kosztorysu, o tej samej treści. Spółka C. podniosła również, że odrzucenie jej oferty z tego tylko powodu było w oczywisty sposób niesłuszne, nierozważne i niezgodne z zasadą gospodarności, tym bardziej że cena za pozycję E 9.26 stanowiła niewielką część całkowitej wartości zamówienia.

11 Pismem z dnia 12 marca 2008 r. Komisja poinformowała skarżącą, że jeden z kandydatów, którego oferta została odrzucona, przekazał informacje uzasadniające zawieszenie podpisania umowy stosownie do art. 158a ust. 1 rozporządzenia wykonawczego.

12 W piśmie z dnia 16 kwietnia 2008 r. Komisja zwróciła się do spółki C. o potwierdzenie, że jej ofertę należało rozumieć w ten sposób, iż cena proponowana za pozycję E 9.26 kosztorysu była taka sama jak cena oferowana za pozycję E 9.13 tego samego kosztorysu, a mianowicie że wynosiła ona 903,69 EUR, oraz że uwzględniwszy ową cenę, jak również cenę proponowaną za pozycję 03.09.15B, której spółka ta omyłkowo nie zawarła w obliczeniu proponowanej przez nią ceny całkowitej, rzeczona cena całkowita wynosiła 9 729 849,83 EUR.

13 W dwóch pismach z dnia 22 kwietnia 2008 r., które Komisja otrzymała w tym samym dniu, spółka C. potwierdziła, że takowe rozumienie złożonej przez nią oferty było prawidłowe.

14 W dniu 23 kwietnia 2008 r. komisja przetargowa sporządziła nowe sprawozdanie z oceny złożonych ofert; w pkt 3.2.1.3 tego raportu komisja stwierdza w szczególności, że „[spółka C.] nie podała ceny jednostkowej za pozycję E 9.26", ale że „wskazała ona w piśmie wyjaśniającym, iż cena mogła zostać wywiedziona z pozycji E 9.13 (903,69 EUR), ponieważ chodzi tu dokładnie o tę samą pozycję". Komisja przetargowa dodaje, że „[n]a podstawie tego wyjaśnienia […], do oferty początkowej należy dodać 903,69 EUR" oraz że „[j]ak zauważyły służby prawne Komisji, taką sytuację należy uznać za doprecyzowanie oferty, a nie za jej zmianę". Komisja przetargowa zaproponowała więc udzielić danego zamówienia publicznego spółce C. W tym nowym sprawozdaniu z oceny oferta skarżącej została uznana ledwie za trzecią w kolei najtańszą ofertę.

15 Pismem z dnia 29 kwietnia 2008 r., które skarżąca otrzymała w dniu 5 maja 2008 r., Komisja poinformowała skarżącą, że jej oferta nie została ostatecznie przyjęta celem udzielenia omawianego zamówienia z tego względu, iż zaoferowana przez nią cena „była wyższa niż cena zaproponowana przez kandydata, którego ofertę wybrano".

16 Pismem z dnia 29 kwietnia 2008 r. Komisja poinformowała spółkę C., że omawiane zamówienie publiczne zostało jej udzielone.

17 W odpowiedzi na wniosek skarżącej Komisja przedstawiła w piśmie z dnia 6 maja 2008 r. następujące dodatkowe uzasadnienie:

„Przy pierwszej ocenie tego obszernego dossier jawili się Państwo jako zwycięzcy, chociaż Państwa cena była znacznie wyższa niż cena zaproponowana przez aktualnego zwycięzcę. Powodem początkowego odrzucenia oferty złożonej przez tego kandydata był fakt, iż nie można było doszukać się ceny w odniesieniu do niewielkiej pozycji

cenowej. Miało to miejsce również w przypadku ofert pozostałych dwóch kandydatów. W związku z tym oferty te zostały początkowo uznane za niezgodne z warunkami.

W okresie status quo przewidzianym w art. 158a rozporządzenia [wykonawczego] pozostali kandydaci wskazali, że tak naprawdę brakujące ceny były zawarte w ich ofertach. W związku z tym bieg okresu status quo został zawieszony celem przeprowadzenia dodatkowej analizy. Z nowej analizy wynika, że początkowo brakujące ceny zostały rzeczywiście wskazane i że spółki te złożyły oferty zgodne z warunkami. Należało zatem dokonać nowej oceny wszystkich ofert. Zważywszy, że jedna z tych spółek przedstawiła najtańszą ofertę, została ona uznana za zwycięzcę tegoż przetargu".

18 Pismem z dnia 15 maja 2008 r., które skarżąca otrzymała w dniu następnym, Komisja przekazała jej kopię sprawozdań z oceny sporządzonych w dniu 5 listopada 2007 r. i w dniu 23 kwietnia 2008 r.

Przebieg postępowania i żądania stron

19 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 30 maja 2008 r. skarżąca wniosła niniejszą skargę. Odrębnym pismem złożonym w sekretariacie Sądu w tym samym dniu skarżąca wniosła na podstawie art. 76a regulaminu Sądu o rozpoznanie sprawy w trybie przyspieszonym. Ów wniosek został oddalony postanowieniem z dnia 9 lipca 2008 r.

20 W kolejnym odrębnym piśmie złożonym w sekretariacie Sądu w tym samym dniu i zarejestrowanym pod sygnaturą T-195/08 R skarżąca wystąpiła również z wnioskiem o zastosowanie środka tymczasowego w rozumieniu art. 243 WE i art. 104 i następnych regulaminu Sądu. Ów wniosek o zastosowanie środka tymczasowego został oddalony

postanowieniem prezesa Sądu z dnia 15 lipca 2008 r. w sprawie T-195/08 R Antwerpse Bouwwerken przeciwko Komisji, niepublikowanym w Zbiorze.

21 Na podstawie sprawozdania sędziego sprawozdawcy Sąd (piąta izba) zarządził otwarcie procedury ustnej i w ramach środków organizacji postępowania przewidzianych w art. 64 regulaminu Sądu wezwał Komisję do udzielenia pisemnej odpowiedzi na pytanie i do przedstawienia pewnych dokumentów. Komisja zastosowała się do tego wezwania.

22 Na rozprawie w dniu 10 czerwca 2009 r. wysłuchano wystąpień stron i ich odpowiedzi na pytania Sądu.

23 Skarżąca wnosi do Sądu o:

— stwierdzenie nieważności decyzji o odrzuceniu oferty skarżącej, zawartej w piśmie Komisji z dnia 29 kwietnia 2008 r., uzupełnionym pismem Komisji z dnia 6 maja 2008 r., jak również decyzji Komisji z dnia 23 kwietnia 2008 r. o udzieleniu danego zamówienia publicznego spółce C., którą to decyzję przekazano skarżącej pismem Komisji z dnia 15 maja 2008 r.;

— stwierdzenie, że Komisja ponosi pozaumowną odpowiedzialność za doznaną przez skarżącą szkodę, która zostanie później oszacowana;

— obciążenie Komisji kosztami postępowania.

24 Skarżąca szacuje w replice poniesioną przez siebie szkodę na 619 000 EUR i zastrzega sobie prawo dokonania ponownego oszacowania tej szkody w toku postępowania.

25 Komisja wnosi do Sądu o:

— odrzucenie skargi jako niedopuszczalnej lub — w razie braku takiego odrzucenia — oddalenie skargi jako bezzasadnej;

— obciążenie skarżącej kosztami postępowania.

W przedmiocie skargi o stwierdzenie nieważności

Co do przedmiotu sporu

26 W ramach pierwszego żądania skarżąca wnosi o stwierdzenie nieważności, po pierwsze, decyzji Komisji z dnia 29 kwietnia 2008 r. o odrzuceniu jej oferty, a po drugie, „decyzji" Komisji z dnia 23 kwietnia 2008 r. o udzieleniu danego zamówienia publicznego spółce C. Ta ostatnia decyzja została przekazana skarżącej pismem Komisji z dnia 15 maja 2008 r.

27 Należy jednak stwierdzić, że — jak wskazano w pkt 18 powyżej — w piśmie z dnia 15 maja 2008 r. Komisja jedynie przekazała skarżącej sprawozdania z oceny sporządzone w dniu 5 listopada 2007 r. i w dniu 23 kwietnia 2008 r. i że owe sprawozdania nie zawierają żadnej decyzji Komisji, a jedynie propozycje komisji przetargowej dotyczące udzielenia danego zamówienia publicznego, odpowiednio,

skarżącej i spółce C., a takie propozycje nie wiążą Komisji (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-27/98 Fracasso i Leitschutz, Rec. s. I-5697, pkt 33, 34; wyrok Sądu z dnia 24 lutego 2000 r. w sprawie T-145/98 ADT Projekt przeciwko Komisji, Rec. s. II-387, pkt 152).

28 Ponadto należy przypomnieć, że jeśli chodzi o akty pośrednie mające na celu przygotowanie decyzji o udzieleniu danego zamówienia, której opracowanie odbywa się wieloetapowo w ramach postępowania wewnętrznego, rzeczone sprawozdania nie mogą być przedmiotem skargi o stwierdzenie nieważności. Przedmiotem takiej skargi może być jedynie akt, który określa w definitywny sposób stanowisko Komisji po zakończeniu tegoż wewnętrznego postępowania (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 11 listopada 1981 r. w sprawie 60/81 IBM przeciwko Komisji, Rec. s. 2639, pkt 10; wyrok Sądu z dnia 18 grudnia 1992 r. w sprawach połączonych od T-10/92 do T-12/92 i T-15/92 Cimenteries CBR i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-2667, pkt 28), a mianowicie — w niniejszej sprawie — decyzja o odrzuceniu oferty kandydata oraz decyzja o udzieleniu zamówienia innemu kandydatowi.

29 Poza tym należy zaznaczyć, że w odpowiedzi na wystosowane przez Sąd do Komisji wezwanie do przedstawienia kopii jej decyzji o udzieleniu danego zamówienia publicznego spółce C., Komisja wyjaśniła, że w okresie, gdy miały miejsce omawiane zdarzenia, wewnątrz właściwych służb Komisji nie istniała praktyka polegająca na wydawaniu formalnej decyzji o udzieleniu zamówienia, ale że na podstawie zaleceń zawartych w sprawozdaniu z oceny oraz po uzyskaniu pozytywnej opinii komitetu wewnętrznego owe służby przekazywały kandydatowi, którego oferta została wybrana, decyzję o udzieleniu mu zamówienia, a pozostałym kandydatom — decyzję o odrzuceniu ich ofert. Podczas rozprawy strony potwierdziły taki stan rzeczy, co zostało odnotowane w protokole rozprawy.

30 W tych okolicznościach należy uznać, że pierwsze żądanie skarżącej należy rozumieć w ten sposób, iż zmierza ono do stwierdzenia nieważności decyzji Komisji z dnia 29 kwietnia 2008 r. w sprawie udzielenia danego zamówienia publicznego spółce C. i odrzucenia oferty skarżącej (zwanej dalej „zaskarżoną decyzją"). Pismami z dnia 29 kwietnia 2009 r. owa decyzja została przekazana jednocześnie spółce C. i skarżącej (zob. pkt 15, 16 powyżej).

W przedmiocie dopuszczalności

Argumenty stron

31 Komisja zauważa, że oferta skarżącej była zaledwie trzecia w kolejności, w jakiej sklasyfikowano oferty od najtańszej do najdroższej. W związku z tym gdyby Sąd miał uwzględnić skargę, dane zamówienie publiczne zostałoby udzielone kandydatowi uznanemu za drugiego, a nie skarżącej. Dlatego też skarżąca nie ma żadnego interesu we wniesieniu niniejszej skargi, którą z tego względu należy odrzucić jako niedopuszczalną.

32 Skarżąca uważa, że ten zarzut niedopuszczalności nie zasługuje na uwzględnienie z przyczyn wskazanych w ww. w pkt 20 postanowieniu w sprawie Antwerpse Bouwwerken przeciwko Komisji (pkt 21–25).

Ocena Sądu

33 Należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem skarga o stwierdzenie nieważności wniesiona przez osobę fizyczną lub prawną jest dopuszczalna tylko wówczas, gdy skarżący ma interes w stwierdzeniu nieważności zaskarżonego aktu (zob. wyrok Sądu z dnia 28 września 2004 r. w sprawie T-310/00 MCI przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-3253, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo). Interes ten zakłada, że stwierdzenie nieważności zaskarżonego aktu może samo w sobie wywołać skutki prawne (zob. wyrok Sądu z dnia 14 września 1995 r. w sprawach połączonych T-480/93 i T-483/93 Antillean Rice Mills i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-2305, pkt 59 i przytoczone tam orzecznictwo) i że w wyniku skargi strona skarżąca będzie mogła uzyskać jakąś korzyść (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 25 lipca 2002 r. w sprawie C-50/00 P Unión de Pequeños Agricultores przeciwko Radzie, Rec. s. I-6677, pkt 21).

34 Dlatego też należy zbadać, czy w niniejszej sprawie ewentualne stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji może przynieść skarżącej jakąś korzyść. Komisja uważa, że nie ma to miejsca, ponieważ w razie takiego stwierdzenia nieważności będzie ona uprawniona do udzielenia danego zamówienia publicznego kandydatowi, którego oferta została sklasyfikowana jako druga w kolejności, a nie skarżącej, której oferta znalazła się na trzecim miejscu.

35 O ile prawdą jest, że gdyby oferta spółki C. miała zostać odrzucona ze względu na brak zgodności z warunkami przewidzianymi w specyfikacji, nie prowadziłoby to automatycznie do udzielenia skarżącej danego zamówienia publicznego, o tyle prawdą jest również, że w sprawozdaniu z oceny z dnia 23 kwietnia 2008 r. Komisja wskazuje, że przedsiębiorstwo, które znalazło się na drugim miejscu, nie podało — podobnie jak spółka C. — ceny za niektóre pozycje kosztorysu, ale że oferta tego przedsiębiorstwa (10 140 841,12 EUR) została jednak uznana przez Komisję za zgodną z warunkami przewidzianymi w specyfikacji z uwagi na wyjaśnienia przekazane przez to przedsiębiorstwo.

36 W ramach jedynego zarzutu podniesionego na poparcie skargi o stwierdzenie nieważności skarżąca kwestionuje konkretnie wniosek Komisji, że oferta przedsiębiorstwa, które nie podało w niej ceny za niektóre pozycje kosztorysu, może jednak zostać uznana za zgodną z warunkami przewidzianymi w specyfikacji z uwagi na wyjaśnienia przekazane przez to przedsiębiorstwo.

37 Wynika stąd, że w wypadku gdyby oferta spółki C. została odrzucona ze względu na uchybienie podnoszone przez skarżącą, udzielenie przez Komisję danego zamówienia publicznego przedsiębiorstwu znajdującemu się na drugim miejscu, którego oferta mogłaby być dotknięta tym samym uchybieniem co oferta przedstawiona przez spółkę C., mogłoby okazać się niemożliwe z prawnego punktu widzenia. W tych okolicznościach przedsiębiorstwo zajmujące drugie miejsce nie mogłoby stanowić przeszkody w udzieleniu skarżącej danego zamówienia publicznego. Wynika stąd, że skarżąca ma interes prawny i że jej skarga o stwierdzenie nieważności jest dopuszczalna.

Co do istoty

Argumenty stron

38 W ramach jedynego zarzutu skarżąca podnosi naruszenie art. 91 rozporządzenia finansowego, art. 122, 138 i 148 rozporządzenia wykonawczego oraz art. 2 i 28 dyrektywy 2004/18. Skarżąca przypomina, że dane zamówienie publiczne miało zostać udzielone w ramach przetargu ograniczonego, na co zresztą wskazują pkt 2 i 4.3 załącznika administracyjnego do specyfikacji. Z pkt 25 wspomnianego załącznika wynika też, po pierwsze, że obowiązywało tylko jedno kryterium udzielenia zamówienia, mianowicie kryterium ceny zaproponowanej przez każdego kandydata, a po drugie, że wszystkie ceny wymagane w kosztorysie winny zostać wskazane „pod groźbą wykluczenia z postępowania".

39 Ponadto wszelkie negocjacje między instytucją zamawiającą a kandydatami są niedopuszczalne w ramach procedury ograniczonej. Kandydaci nie mogą też zmieniać ani uzupełniać swych ofert po ich złożeniu. W związku z tym instytucja zamawiająca winna koniecznie odrzucić ofertę, która jest niezgodna z warunkami przewidzianymi w specyfikacji. W przeciwnym razie prawo żądania udzielenia wyjaśnień dotyczących ofert naruszy zasadę niedyskryminacji kandydatów oraz obowiązek przejrzystości, które są przewidziane w art. 2 dyrektywy 2004/18 mającym zastosowanie w niniejszej sprawie na podstawie specyfikacji.

40 Ponadto w wyroku z dnia 22 czerwca 1993 r. w sprawie C-243/89 Komisja przeciwko Danii, Rec. s. I-3353, pkt 37, Trybunał uznał, że poszanowanie zasady równego traktowania kandydatów wymaga, by wszystkie oferty były zgodne z warunkami określonymi w specyfikacji, tak aby możliwe było obiektywne porównanie tychże ofert. Natomiast ów wymóg nie zostałby dochowany, gdyby kandydaci mogli zgłosić w swych ofertach zastrzeżenia, które pozwoliłyby im na odejście od „podstawowych warunków" przewidzianych w specyfikacji.

41 Ze sprawozdań z oceny wynika też, że — pomimo jasnych wskazówek zawartych w pkt 25 załącznika administracyjnego do specyfikacji — spółka C., składając ofertę, nie wypełniła całego kosztorysu, ponieważ nie podała ceny za pozycję E 9.26. Z tego względu komisja przetargowa zaproponowała w sprawozdaniu z oceny z dnia 5 listopada 2007 r., aby odrzucić ową ofertę jako niezgodną z warunkami. Jednakże po interwencji spółki C. komisja ta zmieniła swoje stanowisko w sprawozdaniu z oceny z dnia 23 kwietnia 2008 r.

42 Tymczasem w ramach procedury ograniczonej, w rozumieniu art. 122 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego, taka interwencja jest zakazana, ponieważ w toku tego postępowania wszelkie negocjacje między instytucją zamawiającą a różnymi kandydatami są niedozwolone. Wbrew opinii służb prawnych Komisji, o której mowa w pkt 3.2.1.3 sprawozdania z oceny z dnia 23 kwietnia 2008 r., pismo spółki C. z dnia 22 kwietnia 2008 r. nie może zostać uznane za wyjaśnienia, jako że nie dotyczy ono elementu zawartego już w ofercie tej spółki, lecz zmierza do uzupełnienia tej oferty poprzez dopisanie ceny, która nie została w niej określona. W rzeczywistości Komisja pozwoliła spółce C. na zmianę złożonej przez nią oferty, mimo że takie postępowanie jest zakazane w ramach procedury ograniczonej mającej zastosowanie w niniejszej sprawie.

43 W istocie niepodanie ceny za pozycję kosztorysu nie może zostać uznane za pomyłkę w rozumieniu art. 148 ust. 3 rozporządzenia wykonawczego, nawet jeśli brakująca cena mogła zostać wywiedziona z ceny proponowanej za inną pozycję tegoż kosztorysu. Znajduje to potwierdzenie w okoliczności, że w sprawozdaniu z oceny z dnia 5 listopada 2007 r. komisja przetargowa skorygowała już pomyłkę zawartą w ofercie spółki C., która nie uwzględniła ceny za pozycję 03.09.15 B kosztorysu przy obliczeniu oferowanej ceny całkowitej, co doprowadziło do podwyższenia tejże ceny o 973,76 EUR.

44 Zdaniem skarżącej fakt, iż zezwolono spółce C. na uzupełnienie złożonej przez nią oferty, stanowi „uchybienie proceduralne". Komisja nie dysponuje swobodnym uznaniem w tym zakresie i jest zobowiązana do ścisłego stosowania przepisów proceduralnych. Utrwalone orzecznictwo, zgodnie z którym Komisji przysługuje szeroki zakres swobodnego uznania w zakresie ofert złożonych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, jest w istocie bez znaczenia w niniejszej sprawie, jako że

chodzi tu o „uchybienie proceduralne", a nie o oczywisty błąd w ocenie. Z tego samego względu zasada proporcjonalności nie ma zastosowania w niniejszej sprawie.

45 Zakładając nawet, że Komisja dysponuje swobodnym uznaniem, jeśli chodzi o uwzględnienie niekompletnego kosztorysu, Komisja popełniła błąd, gdy postanowiła wykluczyć danego kandydata i poinformować skarżącą, że zamówienie zostało jej udzielone, a następnie gdy — po interwencji danego kandydata — zmieniła swoje stanowisko i udzieliła mu zamówienia. Skarżąca twierdzi też, że chociaż Komisja zastrzegła sobie w piśmie z dnia 27 lutego 2008 r. prawo zawieszenia podpisania umowy ze skarżącą, nie może to prowadzić do odmiennego wniosku, ponieważ skarżąca — po przekazaniu jej informacji, że zamówienie zostanie jej udzielone — musiała podjąć niezbędne środki, w tym zrezygnować z udziału w innych przetargach, tak aby być gotową do rozpoczęcia budowy będącej przedmiotem omawianego zamówienia publicznego.

46 Ponadto skarżąca uważa, że wprawdzie treść pozycji E 9.13 i E 9.26 kosztorysu była identyczna, jednak cena zaproponowana przez spółkę C. za pozycję E 9.26 nie może zostać wywiedziona z ceny zaproponowanej za pozycję E 9.13. Ta sama treść jest bowiem zawarta w innych pozycjach kosztorysu, a mianowicie w pozycjach: E 9.05, E 9.22, E 9.31, E 9.37 i E 9.43. Tymczasem skarżąca zaproponowała różne ceny za każdą z tych pozycji. Ponieważ nie jest możliwe wyprowadzenie ceny zaproponowanej przez spółkę C. za pozycję E 9.26, Komisja winna była odrzucić tę ofertę jako niekompletną zgodnie ze wstępną propozycją komisji przetargowej.

47 Wreszcie skarżąca podnosi, że zaskarżona decyzja jest też niezgodna z zasadą przejrzystości wyrażoną w art. 2 dyrektywy 2004/18, ponieważ niektóre fragmenty przekazanych kopii sprawozdań z oceny zostały utajnione bez podania obiektywnego uzasadnienia. W związku z tym skarżąca uważa, że skoro nie została poinformowana w kompletny sposób, bieg „okresu status quo" przewidzianego w art. 158a rozporządzenia wykonawczego jeszcze się nie rozpoczął.

48 Komisja kwestionuje argumenty skarżącej.

Ocena Sądu

49 Należy zaznaczyć, że zgodnie z orzecznictwem Komisja dysponuje szerokim zakresem swobodnego uznania w zakresie okoliczności, które należy uwzględnić przy wydawaniu decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego w trybie przetargu (wyroki Sądu: z dnia 26 lutego 2002 r. w sprawie T-169/00 Esedra przeciwko Komisji, Rec. s. II-609, pkt 95; z dnia 14 lutego 2006 r. w sprawach połączonych T-376/05 i T-383/05 TEA-CEGOS i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-205, pkt 50). W tym względzie Komisja dysponuje też szerokim zakresem swobodnego uznania przy określaniu zarówno treści, jak i sposobu wdrażania reguł dotyczących udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu (ww. wyrok w sprawach połączonych TEA-CEGOS i in. przeciwko Komisji, pkt 51).

50 Ponadto wprawdzie instytucja zamawiająca jest zobowiązana zredagować warunki przetargu w sposób precyzyjny i jasny, jednak nie jest ona zobowiązana do uwzględnienia wszystkich przypadków, jak rzadkie by one nie były, mogących zaistnieć w praktyce (postanowienie Trybunału z dnia 20 kwietnia 2007 r. w sprawie C-189/06 P TEA-CEGOS i STG przeciwko Komisji, niepublikowany w Zbiorze, pkt 30).

51 Warunek przewidziany w specyfikacji winien być interpretowany w kontekście jego celu, systemu i jego treści (zob. podobnie ww. w pkt 50 postanowienie w sprawie TEA-CEGOS i STG przeciwko Komisji, pkt 46). W razie wątpliwości dana instytucja zamawiająca może ocenić możliwość zastosowania takiego warunku, dokonując odrębnej analizy każdego przypadku z uwzględnieniem wszystkich istotnych elementów (zob. podobnie ww. w pkt 50 postanowienie w sprawie TEA-CEGOS i STG przeciwko Komisji, pkt 31).

52 Ponadto, zważywszy na wspomniany w pkt 49 powyżej szeroki zakres swobodnego uznania przysługujący Komisji, kontrola sądowa musi ograniczać się do zbadania poszanowania przepisów proceduralnych i dotyczących uzasadnienia, a także prawi-

dłowości ustaleń faktycznych, braku oczywistych błędów w ocenie oraz braku nadużycia władzy (ww. w pkt 49 wyrok w sprawach połączonych TEA-CEGOS i in. przeciwko Komisji, pkt 50 i przytoczone tam orzecznictwo).

53 W ramach takiej kontroli Sąd powinien określić w szczególności, czy przyjęta przez Komisję jako instytucję zamawiającą interpretacja warunku przewidzianego w specyfikacji jest poprawna (zob. podobnie ww. w pkt 50 postanowienie w sprawie TEA-CEGOS i STG przeciwko Komisji, pkt 46).

54 Należy również zaznaczyć, że art. 148 ust. 3 rozporządzenia wykonawczego przyznaje instytucjom uprawnienie do skontaktowania się z kandydatem w wypadku, gdy oferta uzasadnia wystąpienie z żądaniami udzielenia wyjaśnień lub gdy chodzi o skorygowanie omyłek pisarskich w ofercie. Wynika stąd, że ów przepis nie może być interpretowany w ten sposób, iż w wyjątkowych i ściśle określonych w nim okolicznościach zobowiązuje on instytucje do skontaktowania się z kandydatami (zob. analogicznie wyrok Sądu z dnia 8 maja 1996 r. w sprawie T-19/95 Adia interim przeciwko Komisji, Rec. s. II-321, pkt 43, 44).

55 Może być inaczej tylko wówczas, gdy — na podstawie ogólnych zasad prawa — owo uprawnienie mogło doprowadzić do powstania po stronie Komisji obowiązku skontaktowania się z kandydatem (zob. podobnie i analogicznie ww. w pkt 54 wyrok w sprawie Adia interim przeciwko Komisji, pkt 45).

56 Ma to miejsce w szczególności wtedy, gdy treść oferty jest zredagowana w niejednoznaczny sposób, a z okoliczności sprawy, które są znane Komisji, wynika, że owa niejednoznaczność może prawdopodobnie zostać wyjaśniona w prosty sposób i łatwo usunięta. W takim przypadku odrzucenie tej oferty przez Komisję, bez skorzystania przez nią z uprawnienia do wystąpienia z żądaniem udzielenia wyjaśnień, jest zasadniczo sprzeczne z zasadą dobrej administracji. Uznanie, że w takich okolicz-

nościach przysługują Komisji nieograniczone uprawnienia dyskrecjonalne, byłoby sprzeczne z zasadą równego traktowania (zob. podobnie wyrok Sądu z dnia 27 września 2002 r. w sprawie T-211/02 Tideland Signal przeciwko Komisji, Rec. s. II-3781, pkt 37, 38).

57 Ponadto zasada proporcjonalności wymaga, by akty instytucji nie wykraczały poza to, co stosowne i konieczne do osiągnięcia zamierzonych celów, przy czym jeżeli istnieje możliwość wyboru spośród wielu właściwych środków, należy stosować najmniej restrykcyjne, a wynikające z tego niedogodności nie mogą być nadmierne w stosunku do zamierzonych celów (wyrok Trybunału z dnia 5 maja 1998 r. w sprawie C-157/96 National Farmers' Union i in., Rec. s. I-2211, pkt 60). Zasada ta zobowiązuje instytucję zamawiającą — gdy bada ona niejednoznaczną ofertę, a żądanie udzielenia wyjaśnień w przedmiocie treści tejże oferty mogłoby zapewnić pewność prawa w ten sam sposób co natychmiastowe odrzucenie danej oferty — raczej do skierowania do zainteresowanego kandydata żądania udzielenia wyjaśnień, niż do zwykłego odrzucenia jego oferty (zob. podobnie ww. w pkt 56 wyrok w sprawie Tideland Signal przeciwko Komisji, pkt 43).

58 Jest jednak równie istotne, w interesie pewności prawa, by Komisja była w stanie zapoznać się dokładnie z treścią oferty złożonej w ramach postępowania przetargowego, a w szczególności by mogła upewnić się co do zgodności tej oferty z warunkami przewidzianymi w specyfikacji. Tak więc jeżeli oferta jest niejednoznaczna, a Komisja nie może ustalić szybko i skutecznie, jaka jest rzeczywiście treść oferty, nie ma ona innego wyboru, jak tylko ją odrzucić (ww. w pkt 56 wyrok w sprawie Tideland Signal przeciwko Komisji, pkt 34).

59 Wreszcie do Sądu należy ostatecznie stwierdzenie, czy odpowiedzi kandydata na żądanie udzielenia wyjaśnień wystosowane przez instytucję zamawiającą mogą zostać uznane za wyjaśnienia co do treści oferty tego kandydata, czy też wykraczają one poza te ramy i zmieniają treść tej oferty w świetle warunków przewidzianych w specyfikacji (zob. podobnie ww. w pkt 49 wyrok w sprawie Esedra przeciwko Komisji, pkt 52).

60 W niniejszej sprawie należy najpierw określić, czy — w przypadku, gdy kandydat nie wskazał w kosztorysie załączonym do jego oferty ceny proponowanej za jedną z pozycji — warunek przewidziany w pkt 25 załącznika administracyjnego do specyfikacji winien być interpretowany w ten sposób, że należy bezwzględnie odrzucić tę ofertę, jak twierdzi zasadniczo skarżąca, czy też nie można jej odrzucić, jeżeli omawiany brak daje się wytłumaczyć w prosty sposób, a brakująca cena może być łatwo i pewnie wywiedziona z ceny proponowanej za inną pozycję wspomnianego kosztorysu, jak podnosi Komisja.

61 Należy zaznaczyć w tym względzie, że warunek przewidziany w pkt 25 załącznika administracyjnego do specyfikacji ma na celu dostarczyć instytucji zamawiającej, w tym wypadku Komisji, szczegółowe wyjaśnienie co do sposobu, w jaki cena całkowita proponowana z tytułu danego zamówienia publicznego przez każdego kandydata rozkłada się na ceny indywidualne za różne roboty zawierające się w tymże zamówieniu publicznym.

62 Mając na względzie wyjaśnienia, jakich strony udzieliły w tym zakresie podczas rozprawy, należy też uznać, że spoczywający na każdym kandydacie obowiązek podania ceny za wszystkie pozycje kosztorysu ma pozwolić Komisji na łatwiejsze sprawdzenie dokładności ceny całkowitej proponowanej przez każdego oferenta oraz normalnego poziomu tych cen, zgodnie z art. 139 ust. 1 rozporządzenia wykonawczego. Wreszcie omawiany obowiązek ma ułatwić dostosowanie wspomnianej ceny całkowitej proponowanej z tytułu danego zamówienia publicznego, jeżeli po udzieleniu tego zamówienia publicznego dodatkowe roboty okażą się niezbędne w toku jego realizacji.

63 Jeśli chodzi o warunek przewidziany w pkt 25 załącznika administracyjnego do specyfikacji, realizacja wspomnianych celów nie zostaje w żaden sposób podważona w ramach przyjętej przez Komisję wykładni tego przepisu, zgodnie z którą oferta nie jest niekompletna i nie należy jej odrzucać, jeżeli brakująca cena za określoną pozycję może zostać wywiedziona w pewny sposób z ceny wskazanej za inną pozycję tego samego kosztorysu lub przynajmniej po uzyskaniu wyjaśnień co do treści tej oferty, przekazanych przez jej autora.

64 Jak podkreśla Komisja, w tym ostatnim przypadku nie chodzi bowiem o podanie nowej ceny proponowanej za pozycję w danym kosztorysie, ale o zwykłe wyjaśnienie w przedmiocie treści oferty, zgodnie z którym cena za określoną pozycję winna być rozumiana jako cena, którą zaproponowano też za każdą inną pozycję, której treść jest identyczna lub podobna.

65 W takim przypadku zalecana przez skarżącą czysto literalna i ścisła wykładnia warunku przewidzianego w pkt 25 załącznika administracyjnego do specyfikacji prowadziłaby — z uwagi na oczywiste i błahe braki i pomyłki — do odrzucenia ofert korzystnych z ekonomicznego punktu widzenia, co ostatecznie — jak słusznie podkreśla Komisja — jest nie do pogodzenia z „zasadą gospodarności" przewidzianą w art. 27 rozporządzenia finansowego.

66 W świetle tych rozważań należy następnie zbadać, czy Komisja słusznie uznała, że w niniejszej sprawie cena proponowana przez spółkę C. za pozycję E 9.26 kosztorysu mogła zostać wywiedziona w pewny sposób z ceny proponowanej przez tę spółkę za inną pozycję tegoż kosztorysu, co skłoniło Komisję do nieodrzucenia oferty złożonej przez spółkę C. jako niezgodnej z warunkami przewidzianymi w specyfikacji.

67 Należy przypomnieć w tym względzie, że po tym jak spółka C. została poinformowana o decyzji Komisji w sprawie udzielenia skarżącej danego zamówienia publicznego, wystąpiła ona najpierw do Komisji — zgodnie z art. 100 ust. 2 rozporządzenia finansowego — o wskazanie powodów odrzucenia jej oferty. Zapoznawszy się z tymi powodami, spółka ta przekazała — na podstawie art. 158a ust. 1 rozporządzenia wykonawczego, w terminie przewidzianym w tym przepisie — uwagi, w których zwróciła się do Komisji o udzielenie jej danego zamówienia publicznego, podnosząc, że cena za pozycję E 9.26 nie została pominięta w kosztorysie załączonym do jej oferty, gdyż mogła zostać wywiedziona w ewidentny sposób z ceny proponowanej za pozycję E 9.13 (zob. pkt 9, 10 powyżej).

68 Należy też zaznaczyć, że z fragmentów kosztorysów załączonych do ofert skarżącej i spółki C., przekazanych przez Komisję na żądanie Sądu, wynika, iż pozycje: E 9.05, E 9.13, E 9.22, E 9.26, E 9.31, E 9.37 i E 9.43 mają wszystkie identyczną treść i dotyczą tej samej instalacji, a mianowicie półautomatycznej centrali komutacyjnej do cylindrów gazowych.

69 Po pierwsze, siedem pozycji, o których mowa powyżej, można rozróżnić na podstawie miejsca danej instalacji, jako że każda pozycja odnosi się do innego lokalu lub laboratorium. Strony wskazały jednak podczas rozprawy, że miejsce tej instalacji nie może mieć wpływu na jej koszt, a zatem na cenę proponowaną przez każdego kandydata za odpowiednią pozycję.

70 Po drugie, tych siedem pozycji można też rozróżnić ze względu na rodzaj gazu, do którego odnosi się dana instalacja. Tak więc instalacje wskazane w pozycjach: E 9.05, E 9.22, E 9.31, E 9.37 i E 9.43 będą stosowane do gazów niepalnych. Natomiast instalacje wskazane w pozycjach E 9.13 i E 9.26 będą stosowane do propanu, który jest gazem palnym.

71 Podczas rozprawy Komisja wskazała, bez sprzeciwu strony skarżącej, iż okoliczność, że dany gaz jest lub nie jest palny, może mieć wpływ na koszt omawianej instalacji, a zatem na cenę proponowaną przez każdego kandydata za odpowiednią pozycję. Sąd stwierdza faktycznie, że z fragmentu kosztorysu załączonego do oferty skarżącej wynika, iż skarżąca zaproponowała tę samą cenę (880,69 EUR) za każdą z pozycji: E 9.05, E 9.22, E 9.31, E 9.37 i E 9.43, które dotyczą gazów niepalnych, oraz inną cenę (1016,92 EUR) za każdą z pozycji E 9.13 i E 9.26, które odnoszą się do gazu palnego.

72 Jeśli chodzi o spółkę C., z fragmentu kosztorysu załączonego do jej oferty wynika, że ona również zaproponowała tę samą cenę (782,63 EUR) za każdą z pozycji: E 9.05, E 9.22,

E 9.31, E 9.37 i E 9.43. Ponadto spółka C. zaproponowała cenę 903,69 EUR za pozycję E 9.13, lecz nie podała w kosztorysie załączonym do jej oferty żadnej ceny za pozycję E 9.26.

73 Należy też stwierdzić, że zarówno w ofercie skarżącej, jak i w ofercie spółki C. cena zaproponowana za omawianą instalację, która jest przeznaczona do stosowania do gazów niepalnych, stanowi 86,60% ceny zaproponowanej za taką samą instalację przeznaczoną do stosowania do propanu, który jest gazem palnym.

74 Wynika stąd, że Komisja słusznie uznała, iż niepodanie ceny za pozycję E 9.26 w kosztorysie załączonym do oferty spółki C. stanowiło zwykłą pomyłkę w tejże ofercie lub przynajmniej niejasność, która mogła zostać wyjaśniona w prosty sposób i łatwo usunięta. W świetle elementów wskazanych w pkt 68–73 powyżej narzuca się w istocie wniosek, że brakująca cena za pozycję E 9.26 kosztorysu załączonego do oferty spółki C. nie różni się od ceny zaproponowanej przez tę spółkę za pozycję E 9.13 (903,69 EUR) i że spółka C. nie podała ceny za pozycję E 9.26 kosztorysu przez nieuwagę.

75 W tych okolicznościach Komisja mogła — zgodnie z art. 148 ust. 3 rozporządzenia wykonawczego, nie naruszając warunku przewidzianego w pkt 25 załącznika administracyjnego do specyfikacji — skierować do spółki C. żądanie udzielenia wyjaśnień w przedmiocie treści złożonej przez nią oferty.

76 Nie ma większego znaczenia okoliczność, że owo żądanie udzielenia wyjaśnień zostało skierowane do spółki C. po przedstawieniu przez tę spółkę uwag w sprawie odrzucenia złożonej przez nią oferty. Jak Komisja słusznie zauważa, gdyby nie była ona uprawniona — po przedstawieniu uwag na podstawie art. 158a ust. 1 rozporządzenia wykonawczego — do wystąpienia z żądaniem udzielenia wyjaśnień, które wydawały się

jej niezbędne, i – stosownie do okoliczności — do cofnięcia swej decyzji w sprawie udzielenia danego zamówienia publicznego i do udzielenia tegoż zamówienia innemu kandydatowi, ów przepis byłby całkowicie pozbawiony sensu.

77 Po tym jak w odpowiedzi na żądanie udzielenia wyjaśnień skierowane do spółki C. Komisja otrzymała potwierdzenie ze strony tej spółki, że jej oferta powinna być faktycznie rozumiana w ten sposób, iż cena proponowana za pozycję E 9.26 była taka sama jak cena proponowana za pozycję E 9.13 (zob. pkt 12, 13 powyżej), instytucja ta słusznie uznała, że omawiana oferta była zgodna z warunkami przewidzianymi w specyfikacji, a następnie słusznie udzieliła danego zamówienia publicznego wspomnianej spółce, jako że jej oferta była najtańsza.

78 Zaprezentowana przez skarżącą argumentacja nie podważa tego wniosku. Po pierwsze, należy zaznaczyć, że — wbrew twierdzeniom skarżącej — Komisja nie podjęła zakazanych negocjacji ze spółką C. celem zmiany treści oferty złożonej przez tę spółkę, ale skorzystała po prostu z przysługującego jej na podstawie art. 148 ust. 3 rozporządzenia wykonawczego uprawnienia do żądania udzielenia wyjaśnień w przedmiocie treści tej oferty.

79 Po drugie, jeśli chodzi o argumentację skarżącej opartą na naruszeniu zasady równego traktowania kandydatów, przewidzianej zarówno w art. 2 dyrektywy 2004/18, jak i w art. 89 ust. 1 rozporządzenia finansowego, należy zaznaczyć, że owa zasada nie pozbawia Komisji możliwości wykonania przysługującego jej prawa żądania udzielenia wyjaśnień dotyczących ofert, zgodnie z art. 148 ust. 3 rozporządzenia wykonawczego, po otwarciu tychże ofert, przy czym gdy Komisja wykonuje to prawo, jest ona zobowiązana do traktowania wszystkich kandydatów w ten sam sposób (zob. podobnie i analogicznie ww. w pkt 56 wyrok w sprawie Tideland Signal przeciwko Komisji, pkt 38).

80 W niniejszej sprawie Komisja nie naruszyła zasady równego traktowania kandydatów, ponieważ żądanie udzielenia wyjaśnień zostało przez nią skierowane nie tylko do spółki C., ale również do wszystkich kandydatów, których oferty były dotknięte zwłaszcza tym samym błędem, co oferta spółki C., a mianowicie brakiem cen za niektóre pozycje kosztorysu załączonego do ofert tych kandydatów (zob. pkt 7, 17 powyżej). Komisja nie wystąpiła z tym żądaniem do skarżącej, ponieważ takie wyjaśnienia nie były konieczne; w kosztorysie załączonym do oferty skarżącej nie brakowało żadnej ceny. Jednakże jak wynika ze sprawozdania z oceny z dnia 23 kwietnia 2008 r., komisja przetargowa dokonała pewnych poprawek również w ofercie skarżącej, co doprowadziło do nieznacznego obniżenia proponowanej przez nią ceny całkowitej.

81 Wreszcie nie zasługuje też na uwzględnienie omówiony w pkt 47 powyżej argument skarżącej oparty na twierdzeniu, że niektóre fragmenty przekazanych jej przez Komisję kopii sprawozdań z oceny zostały utajnione z naruszeniem zasady przejrzystości, wskutek czego bieg przewidzianego w art. 158a ust. 1 rozporządzenia wykonawczego okresu standstill przed podpisaniem umowy jeszcze się nie rozpoczął.

82 W pierwszej kolejności należy zaznaczyć w tym względzie, że skarżąca nie była w stanie wyjaśnić podczas rozprawy, jakie znaczenie ma ów termin w niniejszej sprawie, przy czym okoliczność, że skarga została wniesiona w terminie, w ogóle nie jest kwestionowana.

83 Następnie należy zauważyć, że wniosek skarżącej, do którego Komisja ustosunkowała się, wysyłając kopie sprawozdań z oceny, został złożony po wydaniu zaskarżonej decyzji. Kompletny lub niezupełny charakter odpowiedzi Komisji na ów wniosek nie może więc w żadnym razie podważyć legalności zaskarżonej decyzji, której wyłącznie dotyczy skarga o stwierdzenie nieważności.

84 Wreszcie w każdym razie należy zaznaczyć, że zasadę przejrzystości przewidzianą jednocześnie w art. 89 ust. 1 rozporządzenia finansowego i w art. 2 dyrektywy 2004/18 należy pogodzić z ochroną interesu publicznego, uzasadnionych interesów gospodarczych przedsiębiorstw publicznych lub prywatnych oraz uczciwej konkurencji i że wspomniana ochrona uzasadnia przewidziane w art. 100 ust. 2 akapit drugi rozporządzenia finansowego uprawnienie do nieudzielenia pewnych informacji kandydatowi, którego oferta została odrzucona, jeżeli jest to konieczne dla zapewnienia poszanowania tych wymogów.

85 Z całości powyższych rozważań wynika, że jedyny zarzut podniesiony przez skarżącą na poparcie wniesionej przez nią skargi o stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji jest bezzasadny, w związku z czym należy oddalić tę skargę.

W przedmiocie skargi o odszkodowanie

Argumenty stron

86 Skarżąca podnosi, że Komisja zezwoliła w bezprawny sposób spółce C. na zmianę lub na uzupełnienie oferty po jej złożeniu, naruszając przepisy przywołane w ramach skargi o stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji. Owo naruszenie jest wystarczająco istotne, ponieważ Komisja dopuściła się oczywistego i poważnego naruszenia uprawnień dyskrecjonalnych przysługujących jej w dziedzinie oceny ofert i naruszyła

zasady prawa wyższej rangi, których celem jest ochrona interesów jednostek, a zwłaszcza zasady niedyskryminacji i przejrzystości. Szkoda poniesiona przez skarżącą jest ponadto bezpośrednim następstwem nieprawidłowości, jakich dopuściła się Komisja. Owa szkoda jest też bliska i daje się przewidzieć z wystarczającą pewnością.

87 Skarżąca dodaje, że jej skarga o odszkodowanie jest dopuszczalna. Podnosi ona, że brak pewności co do zakresu poniesionej szkody nie może prowadzić do stwierdzenia niedopuszczalności skargi o odszkodowanie wniesionej na podstawie art. 288 akapit drugi WE. Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że ustalenie zakresu szkody jest zastrzeżone, jeżeli w chwili wykazania zasadności skargi o odszkodowanie dane niezbędne do określenia wysokości szkody nie są jeszcze dostępne. Zdaniem skarżącej z powyższego wynika, że dokładne ustalenie — w momencie wniesienia skargi o odszkodowanie — zakresu poniesionej podobno szkody nie jest niezbędnym warunkiem dopuszczalności takiej skargi.

88 Skarżąca zauważa, że próbowała doprowadzić do udzielenia jej danego zamówienia publicznego, wszczynając postępowanie w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego, i że wniosła skargę w postępowaniu głównym, chociaż wynik postępowania w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego nie był jeszcze znany. Skarżąca twierdzi więc, że poprzestała tymczasowo w skardze na stwierdzeniu odpowiedzialności Komisji i że zastrzegła sobie prawo przedstawienia w późniejszym terminie oceny zakresu poniesionej szkody. Ponadto oczywiste jest, że wskazywana szkoda jest bliska i daje się przewidzieć z wystarczającą pewnością, ponieważ bezsporne jest, iż pozbawienie skarżącej możliwości wykonania danego zamówienia publicznego doprowadzi do zmniejszenia jej obrotu. Niezaprzeczalnie takie zmniejszenie obrotu będzie miało negatywny wpływ na zysk osiągnięty przez nią w odpowiednim roku obrachunkowym. Ponadto przepisy prawa belgijskiego określają z góry, że owa szkoda stanowi 10% wartości danego zamówienia publicznego. Skarżąca przedkłada też sprawozdanie sporządzone przez jej audytora wewnętrznego, gdzie jej szkoda została oszacowana na 619 000 EUR, i zastrzega sobie prawo ponownego oszacowania tejże szkody, jeśli zajdzie taka potrzeba. Jeśli chodzi o prawo Komisji do obrony, nie zostaje ono w żaden sposób naruszone, ponieważ Komisja może zawsze skorzystać ze środków obrony w zakresie określenia przez skarżącą rozmiaru szkody.

89 Komisja podnosi zasadniczo, że skarga o odszkodowanie jest niedopuszczalna, ponieważ skarżąca poprzestaje na wystąpieniu do Sądu o uznanie istnienia domniemywanej szkody wynikającej jakoby z zachowania Komisji, lecz nie określa rozmiaru tej szkody. W wyroku z dnia 23 września 1994 r. w sprawie T-461/93 An Taisce i WWF UK przeciwko Komisji, Rec. s. II-733, pkt 42, 43, Sąd orzekł bowiem, że takie żądanie było niedopuszczalne.

90 Komisja podnosi pomocniczo, że skarga o odszkodowanie winna zostać oddalona jako bezzasadna, ponieważ żadna z trzech przesłanek wymaganych przez orzecznictwo nie została spełniona w niniejszej sprawie.

Ocena Sądu

91 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zasadność skargi o odszkodowanie wniesionej na podstawie art. 288 akapit drugi WE uzależniona jest od jednoczesnego spełnienia szeregu przesłanek, którymi są: bezprawność zachowania zarzucanego instytucjom, rzeczywiste wystąpienie szkody oraz istnienie związku przyczynowego między zarzucanym zachowaniem a powoływaną szkodą (wyrok Trybunału z dnia 29 września 1982 r. w sprawie 26/81 Oleifici Mediterranei przeciwko EWG, Rec. s. 3057, pkt 16; wyrok Sądu z dnia 11 lipca 1996 r. w sprawie T-175/94 International Procurement Services przeciwko Komisji, Rec. s. II-729, pkt 44). Jeśli jedna z tych przesłanek pozostaje niespełniona, skargę należy oddalić w całości, bez konieczności badania innych przesłanek (wyrok Trybunału z dnia 15 września 1994 r. w sprawie C-146/91 KYDEP przeciwko Radzie i Komisji, Rec. s. I-4199, pkt 19, 81; wyrok Sądu z dnia 20 lutego 2002 r. w sprawie T-170/00 Förde-Reederei przeciwko Radzie i Komisji, Rec. s. II-515, pkt 37).

92 W niniejszej sprawie wskazano już w ramach badania skargi o stwierdzenie nieważności, że zaskarżona decyzja nie jest niezgodna z prawem.

93 W związku z tym skoro przesłanka dotycząca bezprawności zachowania zarzucanego Komisji nie została spełniona, należy oddalić skargę o odszkodowanie jako bezzasadną, bez konieczności orzekania w przedmiocie jej dopuszczalności.

W przedmiocie kosztów

94 Zgodnie z art. 87 § 2 regulaminu Sądu kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ skarżąca przegrała sprawę, zgodnie z żądaniami Komisji należy obciążyć ją kosztami postępowania, w tym kosztami związanymi z postępowaniem w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego.

Z powyższych względów

SĄD (piąta izba)

orzeka, co następuje:

1) Skarga zostaje oddalona.

2) **Antwerpse Bouwwerken NV zostaje obciążona kosztami postępowania, w tym kosztami związanymi z postępowaniem w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego w sprawie T-195/08 R.**

Vilaras Prek Ciucă

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 10 grudnia 2009 r.

Podpisy