Zbiór Orzeczeń

WYROK SĄDU (czwarta izba)

z dnia 27 kwietnia 2016 r.*

Zamówienia publiczne na usługi — Postępowanie przetargowe — Tworzenie i utrzymanie oprogramowania — Odrzucenie oferty jednego z oferentów — Klasyfikacja oferenta w procedurze kaskadowej — Podstawy wykluczenia — Konflikt interesów — Równość traktowania — Obowiązek staranności — Kryteria udzielania zamówienia — Oczywisty błąd w ocenie — Obowiązek uzasadnienia — Odpowiedzialność pozaumowna — Utrata szansy

W sprawie T-556/11

European Dynamics Luxembourg SA, z siedzibą w Ettelbrücku (Luksemburg),

European Dynamics Belgium SA, z siedzibą w Brukseli (Belgia),

Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, z siedzibą w Atenach (Grecja),

reprezentowane przez adwokatów: początkowo N. Korogiannakisa, M. Dermitzakisa oraz N. Theologou, następnie przez I. Ampazisa, a wreszcie przez M. Sfyri,

strona skarżąca,

przeciwko

Urzędowi Unii Europejskiej ds. Własności Intelektualnej (EUIPO), reprezentowanemu początkowo przez N. Bambarę oraz M. Paolacciego, a następnie N. Bambarę, działających w charakterze pełnomocników, wspieranych przez adwokatów P. Wytincka oraz B. Hoorelbekego,

strona pozwana,

mającej za przedmiot, po pierwsze, wniosek o stwierdzenie nieważności decyzji EUIPO, przekazanej w piśmie z dnia 11 sierpnia 2011 r. i przyjętej w ramach postępowania przetargowego AO/029/10, zatytułowanej „Usługi tworzenia i utrzymania oprogramowania”, odrzucającej ofertę złożoną przez European Dynamics Lukxmbourg i innych powiązanych z nią decyzji EUIPO, przyjętych w ramach tego postępowania, w tym decyzji o udzieleniu zamówienia innym oferentom, oraz, po drugie, żądanie zasądzenia odszkodowania,

SĄD (czwarta izba),

w składzie: M. Prek, prezes, I. Labucka i V. Kreuschitz (sprawozdawca), sędziowie,

sekretarz: L. Grzegorczyk, administrator,

* Język postępowania: angielski.

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 10 lipca 2015 r.,

wydaje następujący

Wyrok [1]

Okoliczności powstania sporu

1 Skarżące, European Dynamics Luxembourg SA, European Dynamics Belgium SA i Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, działają w sektorze technologii informacyjnych i komunikacyjnych i składają regularnie oferty w ramach postępowań przetargowych organizowanych przez różne instytucje i jednostki organizacyjne Unii, w tym Urząd Unii Europejskiej ds. Własności Intelektualnej (EUIPO).

2 W ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 15 stycznia 2011 r. EUIPO ogłosiło w dodatku do *Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej* (Dz.U. 2011/S 10–013995) przetarg o numerze AO/029/10 pod nazwą „Usługi tworzenia i utrzymania oprogramowania". Zamówienie, jakiego miano udzielić, obejmowało świadczenie dla EUIPO usług informatycznych w zakresie tworzenia prototypu, analizy, projektowania, grafiki, tworzenia, testowania i instalacji systemów informatycznych, a także udostępniania dokumentacji technicznej, przeprowadzania szkoleń z zakresu użytkowania i utrzymania tych systemów.

3 Zgodnie z pkt II.1.4 ogłoszenia o zamówieniu zamówienie dotyczyło zawarcia umów ramowych na maksymalny okres siedmiu lat z trzema usługodawcami świadczącymi różne usługi informatyczne. W tym zakresie ten punkt ogłoszenia o zamówieniu w związku z pkt 14.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (załącznik I do dokumentacji przetargu) stanowił, że umowy ramowe powinny zostać zawarte oddzielnie zgodnie z tzw. procedurą „kaskadową", początkowo na okres trzech lat z możliwością automatycznego rocznego przedłużenia przez maksymalny okres czterech lat. Mechanizm ten oznaczał, że jeśli oferent sklasyfikowany jako pierwszy nie jest w stanie świadczyć wymaganych usług, EUIPO zwróci się do drugiego i następnego w kolejności oferenta (zob. pkt 14.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

4 Zgodnie z pkt IV.2.1 ogłoszenia o zamówieniu zamówienie powinno być udzielone poprzez wybór najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, to znaczy oferty przedstawiającej najkorzystniejszą relację między ceną a jakością.

[…]

12 W piśmie z dnia 11 sierpnia 2011 r. (zwanym dalej „spornym pismem") EUIPO poinformowało pierwszą skarżącą o wyniku postępowania przetargowego AO/029/10 oraz stwierdził, że nie wybrał jej oferty z uwagi na to, że oferta ta nie okazała się najbardziej korzystna ekonomicznie (zwanym dalej „decyzją o odrzuceniu oferty"). Pismo to zawierało również tabelę porównawczą ukazującą liczbę punktów przyznanych tej ofercie – 84,72 oraz liczbę punktów przyznanych odpowiednio ofertom każdego z trzech oferentów, którzy uzyskali najwyższy wynik, to znaczy „Informática El Corte Ingles – Altia" – 90,58 pkt, „Everis-Unisys-Fujitsu" – 90,19 pkt oraz „konsorcjum Drasis" – 85,65 pkt.

[…]

1 — Poniżej zostały odtworzone jedynie te punkty wyroku, których publikację Sąd uznał za wskazaną.

14 Pismem z dnia 26 sierpnia 2011 r. EUIPO przekazało pierwszej skarżącej odpis ze sprawozdania z oceny zawierający ocenę jakościową jej oferty według trzech kryteriów, obejmujących jakość usług utrzymania oprogramowania, wachlarz działalności handlowej i jakość usług świadczonych klientom. Ponadto wskazał on, po pierwsze, nazwy wybranych oferentów, to znaczy Informática El Corte Ingles, SA – Altia Consultores, SA Temporary Association (zwaną dalej „IECI"), zajmującą pierwszą pozycję w klasyfikacji, Everis SLU, Unisys i Fujitsu Technology Solutions (zwaną dalej „konsorcjum Unisys" lub „Unisys"), zajmującą drugą pozycję oraz konsorcjum Drasis [Siemens IT Solutions and Services SA (zwaną dalej „Siemens SA"), Siemens IT Solutions and Services SL (zwaną dalej „Siemens SL"), Intrasoft International SA i Indra Sistemas SA, zwane dalej „konsorcjum Drasis" lub „Drasis"], zajmujące trzecią pozycję, a po drugie, dwie tabele przedstawiające wyniki uzyskane przez tychże wybranych oferentów i nią samą za ich oferty techniczne i finansowe. Tabele te miały następującą treść: Tabela oceny porównawczej ofert technicznych:

Kryteria jakościowe	IECI[…]	[Unisys]	Dras[i]s	European Dynamics
Kryterium jakościowe nr 1	46,81	45,51	51,74	58,21
Kryterium jakościowe nr 2	15,00	15,00	15,50	18,00
Kryterium jakościowe nr 3	10,15	10,15	10,81	11,69
Ogółem	71,96	70,66	78,05	87,90
Łączna liczba punktów na 100	81,86	80,38	88,78	100,00

	IECI[…]	[Unisys]	Dras[i]s	European Dynamics
Kryteria jakościowe (50%)	81,86	80,38	88,78	100,00
Ocena finansowa (50%)	99,30	100,00	82,51	69,44
Ogółem	90,58	90,19	85,65	84,72

18 W piśmie z dnia 15 września 2011 r. skierowanym do pierwszej skarżącej EUIPO odniosło się do uzasadnienia zawartego w spornym piśmie oraz w piśmie z dnia 26 sierpnia 2011 r., które to uzasadnienie uważał za wystarczające. Niemniej jednak oświadczył on, że jest gotowy udzielić dodatkowych informacji co do kryteriów finansowych, i przekazał następującą tabelę porównawczą:

	Kryterium nr 1 (70)	Kryterium nr 2 (30)	Łączna liczba punktów (100)	Punkty finansowe
IECI[…]	65,77	19,69	85,45	99,30
[Unisys]	70,00	16,06	86,06	100,00
Drasis[…]	53,47	17,54	71,01	82,52
European Dynamics	29,75	30,00	59,75	69,44

Postępowanie i żądania stron

21 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 21 października 2011 r. skarżące wniosły skargę w niniejszej sprawie.

22 Odrębnym pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 31 stycznia 2012 r. EUIPO podniosło zarzut niedopuszczalności na podstawie art. 114 regulaminu postępowania przed Sądem z dnia 2 maja 1991 r. i wniósł do Sądu o odrzucenie żądań stwierdzenia nieważności i zasądzenia odszkodowania jako oczywiście niedopuszczalnych oraz obciążenie skarżących kosztami postępowania. W uwagach przedstawionych w dniu 26 kwietnia 2012 r. skarżące wniosły o oddalenie tego zarzutu.

23 Postanowieniem z dnia 12 września 2013 r., European Dynamics Luxembourg i in./OHIM (T-556/11, Zb.Orz., EU:T:2013:514), Sąd oddalił zarzut niedopuszczalności i orzekł, że rozstrzygnięcie o kosztach nastąpi w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie. Ponieważ EUIPO nie wniosło odwołania, postanowienie to uprawomocniło się.

24 Ze względu na zmianę składu izb Sądu sędzia sprawozdawca został przydzielony do czwartej izby, której w rezultacie została przekazana niniejsza sprawa.

25 Po zapoznaniu się ze sprawozdaniem sędziego sprawozdawcy Sąd (czwarta izba) postanowił o otworzeniu ustnego etapu postępowania.

[…]

28 Na rozprawie w dniu 10 lipca 2015 r. zostały wysłuchane wystąpienia stron i ich odpowiedzi na pytania ustne Sądu.

29 Na rozprawie skarżące wycofały żądania odszkodowania z wyłączeniem żądania dotyczącego naprawienia szkody związanej z utratą szansy, co zostało odnotowane w protokole z rozprawy.

30 W swej skardze skarżące wnoszą do Sądu o:

— stwierdzenie nieważności decyzji o odrzuceniu oferty i wszystkich powiązanych z nią decyzji EUIPO, w tym decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia oferentowi sklasyfikowanemu na pierwszej, drugiej i trzeciej pozycji w procedurze kaskadowej (zwanych dalej łącznie „zaskarżonymi decyzjami”);

— zasądzenie od EUIPO odszkodowania w wysokości 6 750 000 EUR za szkodę poniesioną przez skarżące z powodu utraty szansy;

— obciążenie EUIPO kosztami postępowania.

31 EUIPO wnosi do Sądu o:

— oddalenie skargi jako bezzasadnej;

— obciążenie skarżących kosztami postępowania.

Co do prawa

1. *W przedmiocie żądań stwierdzenia nieważności*

Streszczenie zarzutów

32 Na poparcie swych żądań stwierdzenia nieważności skarżące podnoszą trzy zarzuty.

33 Zarzut pierwszy oparty na naruszeniu obowiązku uzasadnienia zgodnie z art. 100 ust. 2 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 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 1, t. 4, s. 74, zwanego dalej „ogólnym rozporządzeniem finansowym"), zmienionego rozporządzeniem Rady (WE, Euratom) nr 1995/2006 z dnia 13 grudnia 2006 r. (Dz.U. L 390, s. 1), ponieważ informacje i wyjaśnienia przedstawione przez EUIPO były niewystarczające, aby umożliwić skarżącym zrozumienie rozumowania, jakie doprowadziło instytucję zamawiającą do wydania decyzji o odrzuceniu oferty.

34 Zarzut drugi opiera się na szeregu oczywistych błędów w ocenie dotyczących zwłaszcza użycia kryteriów udzielenia zamówienia, które są nowe lub nieznane i niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz niewystarczająco jasne w ramach postępowania przetargowego (część pierwsza), zastosowania błędnego wzoru oceny finansowej prowadzącego do zakłóceń konkurencji (część druga), który to wzór był przedmiotem manipulacji ze strony wybranych oferentów (część trzecia), oraz zmiany przedmiotu zamówienia (część czwarta).

35 Zarzut trzeci dotyczy naruszenia zasady równego traktowania zwłaszcza ze względu na niewykluczenie znajdujących się w sytuacji konfliktu interesów oferentów, którzy wygrali przetarg, art. 93 ust. 1, art. 94 i 96 ogólnego rozporządzenia finansowego, art. 133a i 134b rozporządzenia Komisji (WE, Euratom) nr 2342/2002 z dnia 23 grudnia 2002 r. ustanawiającego szczegółowe zasady wykonania ogólnego rozporządzenia finansowego (Dz.U. L 357, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 1, t. 4, s. 145, zwanego dalej „zasadami wykonawczymi") oraz zasady „dobrej administracji".

36 W związku z odpowiedzią EUIPO na środki organizacji postępowania oraz środki dowodowe Sądu (zob. pkt 26 i 27 powyżej) skarżące podniosły nowy zarzut, oparty na fakcie, że EUIPO naruszyło specyfikację istotnych warunków zamówienia, akceptując ofertę finansową IECI, w sytuacji gdy obejmowała ona ofertę wariantową i przedział cenowy.

37 Sąd uznał za właściwe rozpatrzenie w pierwszej kolejności zarzutu trzeciego, podzielonego na trzy części, następnie zarzutu drugiego w związku z nowym zarzutem, o którym mowa w pkt 36 powyżej, a wreszcie zarzutu pierwszego.

W przedmiocie zarzutu trzeciego opartego na naruszeniu zasady równego traktowania, art. 93 ust. 1 oraz art. 94 i 96 ogólnego rozporządzenia finansowego, art. 133a i 134b zasad wykonawczych oraz zasady „dobrej administracji"

W przedmiocie części pierwszej dotyczącej występowania konfliktu interesów w odniesieniu do konsorcjum Drasis

38 W ramach pierwszej części zarzutu skarżące podnoszą w istocie, że trzeci wybrany oferent w procedurze kaskadowej, to znaczy konsorcjum Drasis, obejmowało spółkę, która brała udział w redagowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w rezultacie znajdowała się w sytuacji konfliktu interesów w rozumieniu art. 94 lit. a) ogólnego rozporządzenia finansowego i orzecznictwa, zgodnie z którym osoba, która w szczególności uczestniczyła w pracach przygotowawczych do

odnośnego zamówienia, może być w uprzywilejowanej sytuacji przy redagowaniu swej oferty z uwagi na istotne informacje uzyskane w ramach tych prac. Ponadto osoba ta mogłaby, nawet niezamierzenie, wywrzeć wpływ na warunki rzeczonego zamówienia w sposób, który prowadzi do umocnienia jej pozycji względem konkurujących z nią oferentów. Poważny konflikt interesów występujący w przypadku trzeciego wybranego oferenta wystarcza zatem do wykluczenia jego oferty w ramach postępowania przetargowego.

39 Skarżące twierdzą, że odmawiając wskazania im nazw partnerów lub podwykonawców wchodzących w skład konsorcjów wybranych oferentów, EUIPO nie tylko naruszyło ciążący na nim obowiązek uzasadnienia, lecz również próbował uniknąć ujawnienia poważnego naruszenia, dotykającego postępowanie przetargowe. Ponadto EUIPO nie zbadało należycie zarzutów podniesionych przez skarżące w tym zakresie, mimo iż liczne obiektywne i spójne informacje powinny skłonić go do wykazania się szczególną uwagą. Skoro EUIPO nie przeprowadziło badania co do ewentualnego uzgodnienia między EUIPO a spółką biorącą udział w opracowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, urząd ten nie dysponował żadnym argumentem pozwalającym mu rozsądnie wykluczyć możliwość, że spółka ta dążyła do wywarcia wpływu na postępowanie przetargowe. EUIPO powinno było również zastosować sankcje przewidziane w art. 96 ogólnego rozporządzenia finansowego i art. 133a i 134b zasad wykonawczych. Zakładając nawet, że komisja przetargowa nie wiedziała o konflikcie interesów w ramach dokonywania oceny ofert, co nie miało miejsca, skarżące poinformowały o nim EUIPO przed podpisaniem umowy. W odniesieniu do trzeciego wybranego oferenta skarżące kwestionują, że EUIPO zbadało sytuację odnośnych podmiotów prawnych i doszło do wniosku, że nie może występować żaden konflikt interesów, gdyż samo oświadczenie jednego z tych podmiotów nie było wystarczające do wykluczenia naruszenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogólnego rozporządzenia finansowego.

40 EUIPO odpowiada, że pkt 13.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest zgodny z orzecznictwem, zgodnie z którym, po pierwsze, konflikt interesów może wystąpić, jeżeli oferent brał udział w przygotowaniu przetargu i, po drugie, w takim przypadku oferent ten musi mieć możliwość przedstawienia wyjaśnień co do powodów, dla których ten ewentualny konflikt interesów nie stworzył mu w szczególnych okolicznościach danego przypadku nienależnej przewagi względem konkurentów. W każdym razie konflikt interesów musi być rzeczywisty a nie hipotetyczny, a występowanie ryzyka jego zaistnienia powinno być wykazane w wyniku szczególnego badania oferty i sytuacji oferenta. Potencjalny konflikt interesów z uwagi na fakt, że podwykonawca brał udział w redagowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie jest wystarczający do wykluczenia tego oferenta. W niniejszym przypadku EUIPO wzięło pod uwagę zarzucany konflikt interesów. Stwierdziwszy, że PricewaterhouseCoopers (PWC) Spain był podwykonawcą konsorcjum Drasis, bezzwłocznie zwrócił się do niego o wyjaśnienia. Po pierwsze, w odpowiedzi na ten wniosek, Drasis wyjaśnił, że wyłącznie PWC UK i PWC Belgium uczestniczyły w przygotowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia i że nie istnieje żadne strukturalne powiązanie między nimi a PWC Spain. Po drugie, zgodnie z obowiązkiem zachowania poufności spoczywającym na PWC UK i PWC Belgium w ramach świadczenia usług na rzecz EUIPO w celu zredagowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, te dwie spółki nie ujawniły żadnych istotnych informacji w tym przedmiocie, w szczególności spółkom z tej samej grupy. Po trzecie, Drasis stwierdził, że skontaktował się z PWC Spain nie wcześniej niż dopiero sześć dni przed terminem złożenia ofert, a jego pismo z dnia 15 kwietnia 2011 r. potwierdzało fakt, że spółka ta nie uczestniczyła w przygotowaniu, redagowaniu, ustalaniu cen ani zatwierdzaniu oferty technicznej przedstawionej przez konsorcjum. W świetle tych informacji EUIPO zbadało następnie, czy udział PWC Spain w konsorcjum Drasis mógł spowodować nienależną przewagę tego konsorcjum względem innych konkurujących oferentów, i stwierdziło, że nie miało to miejsca. W związku z tym EUIPO uznało, że działało z poszanowaniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia i obowiązujących zasad oraz słusznie stwierdziło, że w szczególnych okolicznościach danego przypadku nie było żadnego uzasadnionego powodu wykluczenia konsorcjum Drasis z postępowania przetargowego. Wreszcie w oparciu o techniczne kryteria udzielenia zamówienia oferta pierwszej skarżącej uzyskała dużo więcej punktów niż oferta konsorcjum Drasis, co samo w sobie wskazywałoby, że nie posiadało ono żadnej nieuzasadnionej przewagi.

41 Sąd zauważa, że w świetle informacji przekazanych przez EUIPO w odpowiedzi na skargę, w niniejszym przypadku nie ulega wątpliwości, że po pierwsze, PWC UK i PWC Belgium, spółki w pełni kontrolowane przez PWC International Ltd, uczestniczyły w przygotowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia postępowania przetargowego oraz, po drugie, że PWC Spain, będąca inną spółką zależną PWC International, wchodziła w skład konsorcjum Drasis, trzeciego wybranego oferenta. Ponadto z dwóch pism z dnia 15 kwietnia 2011 r., przekazanych przez konsorcjum Drasis i PWC Spain do EUIPO, których treści jako takiej skarżące nie podważają wynika, że rzeczone konsorcjum zaprosiło PWC Spain do udziału w postępowaniu przetargowym w charakterze podwykonawcy nie wcześniej niż dopiero sześć dni przed upływem terminu składania ofert.

42 Należy zatem przede wszystkim dokonać oceny, czy PWC Spain i w rezultacie konsorcjum Drasis znajdowało się w sytuacji konfliktu interesów w rozumieniu art. 94 lit. a) ogólnego rozporządzenia finansowego oraz pkt 13.1 akapit pierwszy lit. g) zdanie drugie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mogącej prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania oferentów.

43 Jak wynika z wyroków z dnia 3 marca 2005 r., Fabricom (C-21/03 i C-34/03, Zb.Orz., EU:C:2005:127, pkt 26–36) i z dnia 19 maja 2009 r., Assitur (C-538/07, Zb.Orz., EU:C:2009:317, pkt 21–32), występowanie powiązań strukturalnych między dwiema spółkami, z których jedna uczestniczy w opracowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a druga bierze udział w postępowaniu przetargowym w przedmiocie udzielenia odnośnego zamówienia, może co do zasady stwarzać konflikt interesów. Natomiast ryzyko konfliktu interesów w świetle tego orzecznictwa wydaje się mniejsze, w sytuacji gdy tak jak w niniejszym przypadku spółka lub spółki, którym powierzono opracowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie wchodzą w skład konsorcjum będącego oferentem, lecz są wyłącznie członkiem tej samej grupy przedsiębiorstw, do której należy również spółka będąca członkiem tego konsorcjum.

44 Zakładając nawet, że taka sytuacja może rzeczywiście prowadzić do powstania konfliktu interesów, należy stwierdzić, że w niniejszym przypadku EUIPO zbadało i wykazało w sposób wymagany prawem, że taki konflikt interesów nie mógł mieć wpływu na przebieg postępowania przetargowego i jego wynik.

45 W tym względzie należy przypomnieć, że samo stwierdzenie występowania stosunku kontroli między PWC International i jej różnymi spółkami zależnymi nie wystarcza do tego, aby instytucja zamawiająca mogła wykluczyć automatycznie z postępowania przetargowego jedną z tych spółek bez sprawdzenia, czy taki stosunek miał konkretny wpływ na zachowanie tej spółki w ramach tegoż postępowania (zob. podobnie ww. w pkt 43 wyrok Assitur, EU:C:2009:317, pkt 32). Jest tak tym bardziej w odniesieniu do ustalenia w zakresie wykonania niektórych prac przygotowawczych w postępowaniu przetargowym przez spółkę grupy przedsiębiorstw, do której należy inna spółka, będąca członkiem konsorcjum składającego ofertę, przy czym ta ostatnia spółka musi być w stanie wykazać, że sytuacja ta nie obejmuje żadnego ryzyka dla konkurencji między oferentami (zob. podobnie ww. w pkt 43 wyrok Fabricom, , EU:C:2005:127, pkt 33–36; wyrok z dnia 20 marca 2013 r., Nexans France/Wspólne Przedsięwzięcie Fusion for Energy, T-415/10, Zb.Orz., EU:T:2013:141, pkt 116).

46 Natomiast występowanie konfliktu interesów powinno prowadzić instytucję zamawiającą do wykluczenia danego oferenta, jeżeli ten krok stanowi jedyny możliwy środek uniknięcia naruszenia zasad równego traktowania i przejrzystości, które obowiązują w każdym postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego (zob. podobnie ww. w pkt 43 wyrok Assitur, supra, EU:C:2009:317, pkt 21; wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r., Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, Zb.Orz., EU:C:2009:808, pkt 31), to znaczy gdy nie istnieje mniej restrykcyjny środek w celu zapewnienia poszanowania tychże zasad (zob. podobnie ww. w pkt 45 wyrok Nexans France/Wspólne Przedsięwzięcie Fusion for Energy, EU:T:2013:141, pkt 117 i przytoczone tam orzecznictwo). Należy stwierdzić, że konflikt lub nakładanie się interesów stanowi samo w sobie obiektywnie poważne zakłócenie lub poważną nieprawidłowość, bez konieczności uwzględnienia do celu ich oceny intencji zainteresowanych lub ich dobrej lub złej wiary (zob. podobnie wyrok z dnia 15 czerwca 1999 r., Ismeri

Europa/Trybunał Obrachunkowy, T-277/97, Rec, EU:T:1999:124, pkt 123; ww. w pkt 45 wyrok Nexans France/Wspólne Przedsięwzięcie Fusion for Energy, EU:T:2013:141, pkt 115; wyrok z dnia 11 czerwca 2014 r., Communicaid Group/Komisja, T-4/13, EU:T:2014:437, pkt 53).

47 W tym przedmiocie należy zauważyć, że w dniu 11 kwietnia 2011 r., czyli miesiąc przed upływem terminu składania ofert i cztery miesiące przed przyjęciem decyzji o udzieleniu zamówienia, EUIPO zwróciło się wyraźnie do konsorcjum Drasis o wyjaśnienie sytuacji spółek grupy PWC w celu zbadania ewentualnego występowania konfliktu interesów, na który to wniosek rzeczone konsorcjum i PWC Spain odpowiedziały dwoma pismami identycznymi w swej treści w dniu 15 kwietnia 2011 r. Z pism tych wynika w szczególności, że konsorcjum Drasis zaprosiło PWC Spain do udziału w postępowaniu przetargowym w charakterze podwykonawcy nie wcześniej niż dopiero sześć dni przed upływem terminu składania ofert. Tymczasem oprócz faktu, że PWC UK, PWC Belgium i PWC Spain były „siostrzanymi" spółkami należącymi do tej samej grupy, skarżące nie przedstawiły żadnego motywu mogącego podważać prawdziwość tego twierdzenia, które instytucja zamawiająca mogła zatem w uzasadniony sposób uznać za ważną wskazówkę co do braku wpływu potencjalnego konfliktu interesów na postępowanie przetargowe. Niezależnie bowiem od obowiązku zachowania poufności – powołanego przez konsorcjum Drasis, PWC Spain i wreszcie EUIPO – zakazującego przekazywania poufnych informacji między „siostrzanymi" spółkami grupy PWC, wydaje się mało prawdopodobne, że w krótkim sześciodniowym terminie PWC Spain mogła uzyskać od PWC UK i PWC Belgium istotne, poufne dane wykorzystane w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i że dzięki tym danym mogła ona skutecznie zmienić ofertę tego konsorcjum w celu zwiększenia szans na wygranie przetargu. W tych okolicznościach nie jest tym bardziej prawdopodobne, że w chwili opracowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to znaczy na długo przed podjęciem decyzji o udziale PWC Spain w konsorcjum Drasis, PWC UK i PWC Belgium mogły opracować kryteria udzielenia odnośnego zamówienia w sposób faworyzujący to konsorcjum w ramach postępowania przetargowego.

48 Ponadto z pkt 13.1 akapit pierwszy lit. g) zdanie drugie specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że konflikt interesów może występować w szczególności, gdy „jeden z podwykonawców głównego oferenta uczestniczący w przygotowaniu […] postępowania przetargowego nie jest w stanie wykazać, że jego oferta nie może zakłócać konkurencji, to znaczy, że nie stwarza ona ryzyka dla konkurencji". Tymczasem, jak podnosi EUIPO, w braku przeciwnej wskazówki fakt, że oferta konsorcjum Drasis uzyskała z uwagi na jej techniczne walory dużo mniej punktów niż oferta pierwszej skarżącej, która uzyskała wyższą ocenę w tym zakresie (zob. pkt 14 powyżej), wskazuje sam w sobie, że strukturalne powiązania między PWC Spain a PWC UK i PWC Belgium, którym powierzono właśnie przygotowanie technicznej części specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy też zachowanie rzeczonych spółek nie miały wpływu na konkurencję miedzy oferentami, szczególnie ze szkodą dla pierwszej skarżącej. Wynika stąd ponadto, że w niniejszym przypadku EUIPO dostatecznie zbadało istotne okoliczności faktyczne, co pozwoliło mu stwierdzić, że ewentualny konflikt interesów pozostał bez wpływu na przebieg postępowania przetargowego i jego wynik.

49 Skarżące nie wykazały zatem w sposób wystarczający pod względem prawnym, że ewentualny konflikt interesów wynikający ze strukturalnych powiązań między PWC Spain, PWC UK i PWC Belgium mógł wpłynąć na postępowanie przetargowe w rozumieniu orzecznictwa cytowanego w pkt 42 powyżej.

50 W rezultacie należy oddalić pierwszą część zarzutu, bez konieczności ostatecznego ustalenia, czy w niniejszym przypadku rzeczywiście występował konflikt interesów w rozumieniu art. 94 lit. a) ogólnego rozporządzenia finansowego i pkt 13.1 akapit pierwszy lit. g) zdanie drugie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W przedmiocie drugiej części dotyczącej występowania konfliktu interesów w odniesieniu do konsorcjum Unisys

51 W ramach drugiej części zarzutu skarżące twierdzą, że w świetle pkt 13.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia drugi oferent wybrany w procedurze kaskadowej, konsorcjum Unisys, nie powinno było uzyskać umowy ramowej, z uwagi na fakt, że było ono pierwszym wykonawcą w ramach umowy ramowej AO/021/10, zatytułowanej „Świadczenie usług zewnętrznych w ramach zarządzania programami i projektami oraz doradztwo techniczne w dziedzinie technologii informatycznych" na rzecz EUIPO. Konsorcjum Unisys znalazło się zatem w sytuacji konfliktu interesów, zakazanej w art. 94 ogólnego rozporządzenia finansowego i powinno zostać wykluczone z postępowania przetargowego przed oceną jego ofert. A zatem nie powinno ono uzyskać zamówienia w postaci umowy ramowej AO/029/10, chyba że zostałoby ono wcześniej uwolnione ze swych zobowiązań umownych w ramach umowy ramowej AO/021/10. Podczas gdy umowa ramowa AO/029/10 dotyczyła opracowania i rozwoju programów informatycznych EUIPO, umowa ramowa AO/021/10 miała za przedmiot zarządzanie projektami i doradztwo techniczne z tym związane i w rezultacie usługi świadczone przez stronę umowy ramowej AO/029/10, co prowadziło do powstania bezpośredniego konfliktu interesów między odpowiednimi przewidzianymi w nich zadaniami. Innymi słowy, wykonawca umowy ramowej AO/021/10 miałby uczestniczyć w opracowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia i kontrolowaniu wykonania umów wdrażających przez wykonawcę umowy ramowej AO/029/10. Wreszcie EUIPO nie przeprowadziło należytego dochodzenia w zakresie tego ewentualnego konfliktu interesów. Skarżące kwestionują stanowisko, że w tych okolicznościach oferta pierwszej skarżącej powinna była zostać również odrzucona, gdyż nie zostało jej przyznane żadne zamówienie w wyniku postępowania przetargowego AO/029/10. W przypadku gdyby ta skarżąca stała się stroną umowy w takim kontekście, konflikt interesów powinien być zatem usunięty przed jej podpisaniem.

52 W pierwszej kolejności EUIPO twierdzi, że druga część zarzutu jest niedopuszczalna lub bezskuteczna ze względu na niewielką wagę. Ponieważ pierwsza skarżąca została zaklasyfikowana na trzeciej pozycji w procedurze kaskadowej w ramach postępowania przetargowego AO/021/10 i stała się wykonawcą w ramach odnośnej umowy ramowej, znalazła się ona w takiej samej sytuacji jak konsorcjum Unisys. Zakładając, że należałoby uwzględnić tę część zarzutu, wynikałoby z tego, po pierwsze, że pierwsza skarżąca powinna zostać również wykluczona z postępowania przetargowego AO/029/10, a po drugie, że skarga stałaby się w całości bezprzedmiotowa, gdyż z uwagi na jej wykluczenie pierwsza skarżąca nie mogłaby uzyskać odnośnego zamówienia.

53 W drugiej kolejności EUIPO kwestionuje zasadność drugiej części zarzutu. W dniu wyznaczonym na złożenie ofert w ramach postępowania przetargowego AO/029/10, to znaczy 11 marca 2011 r., postępowanie przetargowe AO/021/10 było nadal w toku i w jego ramach nie zostało przyznane jeszcze żadne zamówienie. W rezultacie nie było możliwe uzyskanie jakiejkolwiek nienależnej korzyści wynikającej z wiedzy uzyskanej przy wykonywaniu umów w ramach tego ostatniego postępowania. Ponadto na etapie udzielenia zamówienia w ramach postępowania przetargowego AO/029/10, które stanowi jedyny przedmiot niniejszego sporu, potencjalne konflikty interesów mogące wystąpić w ramach wykonywania szczególnych umów w związku z umową ramową AO/021/10 są pozbawione znaczenia. A zatem w braku potencjalnego konfliktu interesów, a zatem motywu wykluczenia, komisja przetargowa słusznie przyjęła oferty pierwszej skarżącej i konsorcjum Unisys. Wreszcie EUIPO kwestionuje zdanie, jakoby wykonawca umowy ramowej AO/021/10 miałby kontrolować prace wykonywane na mocy umów wdrażających umowę ramową AO/029/10.

54 Sąd przypomina, że w niniejszym przypadku nie ulega wątpliwości, iż drugi wybrany oferent, konsorcjum Unisys, w ramach postępowania przetargowego AO/029/10, jest również pierwszym wybranym oferentem i wykonawcą z tytułu umowy ramowej AO/021/10, dotyczącej zamówienia zatytułowanego „Świadczenie usług zewnętrznych w ramach zarządzania programami i projektami oraz doradztwo techniczne w dziedzinie technologii informatycznych". Na mocy tej ostatniej umowy ramowej wykonawca jest zobowiązany świadczyć na rzecz EUIPO usługi zewnętrzne dotyczące

zarządzania programami i projektami oraz usługi w zakresie doradztwa technicznego związanego z wszystkimi rodzajami systemów informatycznych i we wszystkich dziedzinach technologii. Natomiast postępowanie przetargowe AO/029/10, będące przedmiotem niniejszego postępowania, dotyczyło zamówienia, zatytułowanego „Usługi tworzenia i utrzymania oprogramowania" obejmującego świadczenie dla EUIPO usług informatycznych w zakresie tworzenia prototypu, analizy, projektowania, grafiki, tworzenia, testowania i instalacji systemów informatycznych, a także udostępniania dokumentacji technicznej, przeprowadzania szkoleń z zakresu użytkowania i utrzymania tych systemów.

55 W tym względzie EUIPO nie zdołało podważyć argumentu skarżących, zgodnie z którym wynikałoby stąd, że konsorcjum Unisys, w charakterze pierwszego wybranego oferenta i wykonawcy umowy ramowej AO/021/10 oraz zewnętrznego zarządzającego ds. informatyki miałoby w szczególności nadzorować wykonywanie usług przez pierwszego wykonawcę umowy ramowej AO/029/10 i w rezultacie, stosownie do okoliczności, swe własne usługi, jeżeli miałoby korzystać z własnych usług w charakterze drugiego wykonawcy w ramach procedury kaskadowej. Tymczasem taka sytuacja może być objęta zakresem podstawy wykluczenia, o której mowa w pkt 13.1 akapit pierwszy lit. g) zdanie pierwsze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym „konflikt interesów występuje w szczególności, jeżeli oferent […] zawarł ważną umowę z EUIPO, której przedmiotem jest wykonywanie zadań w zakresie kontroli jakości programów lub zarządzania projektami/programami w celu rozwoju programów oraz usługi w zakresie konserwacji, które mają być wykonane przez wybranego oferenta […], w przypadku gdy oferent ten […] nie może wykazać, że jego oferta nie stwarza takiego konfliktu interesów". Wydaje się bowiem z uwagi na jej treść, że taka podstawa wykluczenia została właśnie wprowadzona przez instytucję zamawiającą w celu uniknięcia, aby wybrany oferent postępowania przetargowego AO/021/10 mógł również zostać wybrany w ramach postępowania przetargowego AO/029/10.

56 Jednakże bez konieczności rozstrzygania kwestii dopuszczalności lub skutecznego charakteru niniejszej części zarzutu należy stwierdzić, że nie może ona w każdym razie zostać uwzględniona co do istoty.

57 Jak słusznie podnosi EUIPO, w dniu upływu terminu składania ofert w postępowaniu przetargowym AO/029/10, to znaczy 11 marca 2011 r., postępowanie przetargowe AO/021/10 było nadal w toku i żadne zamówienie nie zostało jeszcze udzielone ani żadna umowa nie została podpisana w ramach tego postępowania. W związku z tym, ponieważ na tym etapie nie została jeszcze zawarta „ważna umowa" między konsorcjum Unisys a EUIPO w rozumieniu pkt 13.1 akapit pierwszy lit. g) zdanie pierwsze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ta podstawa wykluczenia nie mogła znaleźć zastosowania, a w każdym razie podnoszony konflikt interesów miał jeszcze niepewny i hipotetyczny charakter (zob. podobnie wyrok z dnia 18 kwietnia 2007 r., Deloitte Business Advisory/Komisja, T-195/05, Zb.Orz., EU:T:2007:107, pkt 67, 69). W tym względzie należy przypomnieć ponadto, że orzecznictwo przytoczone w pkt 42 powyżej wymaga, aby podnoszony konflikt interesów wpłynął na przebieg lub wynik postępowania przetargowego. Tymczasem, uwzględniając równoległy charakter dwóch postępowań przetargowych, nie można stwierdzić, że w niniejszym przypadku konsorcjum Unisys mogło uzyskać jakąkolwiek przewagę w związku z przyszłym miejscem w klasyfikacji w charakterze drugiego wybranego oferenta w postępowaniu przetargowym AO/021/10.

58 Ponadto, podobnie jak czyni to EUIPO, należy zauważyć, że zasadnicza część zarzutów podniesionych przez skarżące dotyczy potencjalnych sytuacji konfliktu interesów mogących wystąpić wyłącznie przy wdrażaniu szczególnych umów, które miały zostać zawarte na podstawie umów ramowych AO/021/10 i AO/029/10, to znaczy na etapie po przyjęciu decyzji o odrzuceniu oferty będącej przedmiotem niniejszego sporu. Z tego również powodu z logicznego punktu widzenia wykluczone jest, aby taki konflikt interesów mógł mieć jakikolwiek wpływ na przebieg lub wynik postępowania przetargowego AO/029/10, zakłócać konkurencję między oferentami czy też stwarzać konsorcjum Unisys przewagę ze szkodą dla pierwszej skarżącej.

59 Uwzględniając powyższe uwagi skarżące nie mogą również zarzucać EUIPO, że nie zbadało należycie występowania ewentualnego konfliktu interesów w odniesieniu do konsorcjum Unisys. Niemniej jednak instytucja zamawiająca ma w każdym razie obowiązek i możliwość zbadania i zapobieżenia występowaniu takiego konfliktu interesów przy wykonywaniu szczególnych umów objętych zakresem umowy ramowej AO/029/10, w ramach której pierwszym wybranym oferentem jest IECI, a nie konsorcjum Unisys.

60 W tych okolicznościach należy oddalić niniejszą część zarzutu jako w każdym razie bezzasadną.

W przedmiocie trzeciej części zarzutu opartej na udziale konsorcjum Drasis w niezgodnej z prawem działalności

61 W ramach trzeciej części zarzutu skarżące przede wszystkim podniosły w istocie, że wobec „Siemens", członka konsorcjum Drasis, będącego trzecim wybranym oferentem w procedurze kaskadowej, należało zastosować podstawę wykluczenia przewidzianą w art. 93 ust. 1 lit. b) i e) ogólnego rozporządzenia finansowego z uwagi na udowodniony udział w oszustwach, praktykach korupcyjnych i łapownictwie. „Siemens" nie tylko został oskarżony w Niemczech, lecz również publicznie przyznał się do winy w odniesieniu do takich niezgodnych z prawem działań podjętych w celu uzyskania zamówień publicznych w szczególności w Unii. Przystał on zatem na zapłatę grzywny w wysokości 395 mln EUR władzom niemieckim oraz 800 mln USD (dolarów amerykańskich) władzom Stanów Zjednoczonych w celu zakończenia sprawy. W rezultacie „Siemens" powinien zostać wykluczony z postępowania przetargowego na podstawie art. 93 i 94 ogólnego rozporządzenia finansowego i art. 133a i 134b zasad wykonawczych. Uznanie przez „Siemens" swej odpowiedzialności także w ramach ugody jest wystarczającą podstawą ostatecznego stwierdzenia jego winy, a prawomocne orzeczenie sądu nie jest konieczne do nałożenia sankcji i przyjęcia decyzji o wykluczeniu z postępowania przetargowego na mocy art. 93 ust. 1 lit. b) i e) ogólnego rozporządzenia finansowego. W każdym razie EUIPO naruszyło ciążący na nim obowiązek należytego zbadania udziału „Siemensa" w takiej niezgodnej z prawem działalności i naruszyło zatem również zasady przejrzystości i równego traktowania oferentów.

62 EUIPO odpowiada w istocie, że nie było żadnego powodu, aby wykluczyć konsorcjum Drasis, gdyż jego członkowie – Siemens SA i Siemens SL – nie zostali nigdy skazani za oszustwo lub korupcję. W ramach postępowania przetargowego Siemens SA złożył formalne oświadczenie o braku skazania lub jakiegokolwiek innego toczącego się postępowania karnego w przedmiocie zarzutów oszustwa lub korupcji. Oświadczenie to miało na celu zastąpienie „aktualnego zaświadczenia o niekaralności" lub „równoważnego dokumentu wydanego przez właściwe organy", który zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i art. 134 ust. 3 zasad wykonawczych powinien być przedstawiony wyłącznie przez wybranych oferentów, co najmniej piętnaście dni przed podpisaniem umowy. Ponadto EUIPO nie miało żadnego powodu, aby nie uznać tego formalnego oświadczenia, gdyż zgodnie z warunkami specyfikacji istotnych warunków zamówienia było ono wymagane w szczególności jako wystarczający dowód na fakt, że oferent nie znajduje się w jakiejkolwiek sytuacji prowadzącej do wykluczenia go zgodnie z art. 93 ogólnego rozporządzenia finansowego. EUIPO kwestionuje również zdanie, że nie wzięło pod uwagę odnośnych oskarżeń. W odpowiedzi na szczególny wniosek EUIPO o wyjaśnienia w tym przedmiocie, Siemens SA potwierdził, że oskarżenia te były całkowicie bezzasadne i przedstawił urzędowy dokument właściwych organów krajowych w tym zakresie.

63 Na rozprawie w odpowiedzi na pytanie ustne Sądu dotyczące skutków wyroku z dnia 15 października 2013 r., Evropaïki Dynamiki/Komisja (T-474/10, EU:T:2013:528, pkt 37–57), skarżące odstąpiły od argumentu, że ewentualny udział Siemens AG (zwanego dalej „Siemens AG") w niezgodnych z prawem działaniach mógł być przypisany spółkom Siemens SA i Siemens SL, będącym członkami konsorcjum Drasis, wyłącznie z tego względu, że były one początkowo pośrednio kontrolowane przez Siemens AG przed zakupieniem ich w dniu 1 lipca 2011 r. przez Atos SA, z uwagi na nabycie przez tę ostatnią spółkę 100% udziałów bezpośrednio kontrolującej jej spółki, Siemens IT Solutions and Services

GmbH, jak wynika z dokumentów przedstawionych przez EUIPO w następstwie postanowienia w przedmiocie zastosowania środków dowodowych z dnia 27 marca 2015 r. (zob. pkt 26 powyżej). Odstąpienie od tego argumentu zostało odnotowane w protokole z rozprawy.

64 Niemniej jednak z uwagi w szczególności na powiązania strukturalne z Siemens AG istniejące przed dniem 1 lipca 2011 r., pojawia się pytanie, czy w niniejszym przypadku instytucja zamawiająca zbadała z należytą starannością, czy w odniesieniu do Siemens SA i Siemens SL i w rezultacie konsorcjum Drasis, należało zastosować podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 93 ust. 1 lit. b) i e) ogólnego rozporządzenia finansowego w związku z pkt 13.1 akapity trzeci i czwarty specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 17 marca 2005 r., AFCon Management Consultants i in./Komisja, T-160/03, Zb.Orz., EU:T:2005:107, pkt 79, 90).

65 W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 93 ust. 1 ogólnego rozporządzenia finansowego:

„Kandydaci lub oferenci są wykluczani z udziału w procedurach udzielania zamówień, jeżeli:

[…]

b) zostali skazani za przestępstwo dotyczące etyki zawodowej prawomocnym wyrokiem (res iudicata);

c) dopuścili się poważnego przestępstwa stwierdzonego za pomocą wszelkich środków, jakie zamawiający może uzasadnić;

d) nie wypełnili zobowiązań odnoszących się do opłacenia składek na ubezpieczenia społeczne lub zapłacenia podatków zgodnie z przepisami prawa kraju, w którym mają siedzibę, lub z przepisami prawa kraju zamawiającego lub kraju, w którym umowa ma być wykonywana;

e) został wydany w stosunku do nich prawomocny wyrok (res iudicata) skazujący za oszustwo finansowe, korupcję, udział w organizacji przestępczej lub jakiekolwiek inne działanie niezgodne z prawem, szkodzące finansowym interesom Wspólnot;

f) według obecnych przepisów podlegają oni karze administracyjnej, o której mowa w art. 96 ust. 1”.

66 Artykuł 94 ogólnego rozporządzenia finansowego przewiduje:

„Zamówienia nie udziela się kandydatom lub oferentom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień:

[…]

c) znajdują się w jednej z sytuacji, o których mowa w art. 93 ust. 1, wykluczających z procedury udzielania zamówień”.

67 Należy ponadto przypomnieć, że zgodnie z art. 134 ust. 1 zasad wykonawczych i pkt 13.1 akapity drugi i trzeci specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zob. pkt 16 powyżej) Siemens SA przedstawił, przy składaniu oferty konsorcjum Drasis, formularz zwany „załącznikiem nr 4”, opatrzony podpisem, datą i poświadczony przez belgijskiego notariusza, który zawierał formalne oświadczenie jego członków zarządu o braku jakiejkolwiek podstawy wykluczenia w odniesieniu do tej spółki w rozumieniu art. 93 i 94 ogólnego rozporządzenia finansowego. Jednakże EUIPO nie przedstawiło w toku postępowania analogicznego formularza sporządzonego przez Siemens SL.

68 Ponadto wobec twierdzeń dotyczących udziału Siemens AG i niektórych jej zagranicznych spółek zależnych w sprawach dotyczących wręczenia łapówek prowadzących do wydania cywilnych lub karnych orzeczeń EUIPO zwróciło się do konsorcjum Drasis, w dniu 25 lipca 2011 r., z wnioskiem o przedstawienie wyjaśnień w szczególności co do powiązań istniejących między Siemens AG a Siemens SA i Siemens SL, oraz poprosił je o przedstawienie dowodów wskazujących, że Siemens AG i członkowie jego zarządu nie znajdowali się w jednej z sytuacji, o której mowa w art. 93 ust. 1 lit. c) i d) ogólnego rozporządzenia finansowego.

69 W odpowiedzi na ten wniosek konsorcjum Drasis, w piśmie z dnia 3 sierpnia 2011 r. poinformowało EUIPO w szczególności o nabyciu Siemens SA i Siemens SL przez Atos (zob. pkt 63 powyżej) i przedstawiło aktualne zaświadczenia potwierdzające, że Siemens AG nie znajdował się w jednej z sytuacji, o których mowa w art. 93 ust. 1 lit. d) ogólnego rozporządzenia finansowego, a także wcześniejszą korespondencję z Komisją podjętą w wyniku podobnych wątpliwości wyrażonych przez tę instytucję, potwierdzającą, że względem tego konsorcjum nie zachodziły podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 93 ust. 1 lit. b), c) lub e) i art. 93 ust. 2 lit. a) ogólnego rozporządzenia finansowego lub art. 134 ust. 4 zasad wykonawczych.

70 Wreszcie odnośne zamówienie zostało udzielone konsorcjum Drasis w charakterze trzeciego wybranego oferenta w procedurze kaskadowej i EUIPO – jak potwierdziło na rozprawie – podpisało z tym konsorcjum umowę ramową.

71 Tymczasem zgodnie z art. 134 ust. 3 akapit pierwszy zasad wykonawczych na zakończenie postępowania przetargowego, to znaczy przed udzieleniem zamówienia wybrany oferent ma przedstawić „aktualne zaświadczenie o niekaralności lub w jego braku aktualny równoważny dokument wystawiony przez organ sądowy lub administracyjny państwa pochodzenia" w celu wykazania, że nie zachodzi żadna z podstaw wykluczenia w rozumieniu art. 93 ust. 1 lit. a), b) lub e) ogólnego rozporządzenia finansowego. Ponadto w przypadku wskazanym w art. 93 ust. 1 lit. d) tegoż rozporządzenia instytucja zamawiająca uznaje za dostateczny dowód „aktualne zaświadczenie wydane przez właściwy organ danego państwa". Wreszcie na mocy art. 134 ust. 3 akapit drugi zasad wykonawczych, wyłącznie „jeżeli dokument lub poświadczenie określone w akapicie pierwszym [tego artykułu] nie zostało wydane w danym kraju, a także w innych przypadkach wykluczenia określonych w art. 93 [ogólnego] rozporządzenia finansowego, może ono zostać zastąpione zaprzysiężonym lub, jeżeli to niemożliwe, uroczystym oświadczeniem, złożonym przez zainteresowaną osobę przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem lub wykwalifikowanym organem zawodowym kraju siedziby lub pochodzenia".

72 Zgodnie z tymi wymogami pkt 13.1 akapit czwarty specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zob. pkt 16 powyżej) przewiduje w szczególności, że „po zakończeniu postępowania przetargowego oferent, któremu udzielone zostało zamówienie, przedstawia w celu uniknięcia wykluczenia z przetargu dowód, że nie znajduje się w jednej ze wskazanych powyżej sytuacji". Na przedstawienie wymaganych dowodów przysługuje mu termin piętnastu dni roboczych przed podpisaniem umowy. Jeśli chodzi o podstawy wykluczenia, wymienione w pkt 13.1 akapit pierwszy lit. a), b) i e) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, te środki dowodowe powinny obejmować „odnośny wyciąg (lub wyciągi) o niekaralności lub równoważny dokument wydany przez organ sądowy lub administracyjny" państwa, w którym oferent ma siedzibę (pkt 13.1 akapit czwarty tiret pierwsze specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Wreszcie stwierdza się w nim, że w odniesieniu do podstaw wykluczenia, o których mowa w pkt 13.1 akapit pierwszy lit. c), f), g) i h) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, „załącznik nr 4", to znaczy formularz zawierający formalne oświadczenie „jest ważny" (pkt 13.1 akapit czwarty tiret trzecie specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

73 Jednakże należy stwierdzić, że niezależnie od obowiązków, o których mowa w pkt 71 i 72 powyżej, oraz w wyniku wyraźnego pytania zadanego ustnie przez Sąd w tym zakresie na rozprawie, EUIPO nie potwierdziło, że zwróciło się o przedstawienie przez konsorcjum Drasis i jego członków, w tym Siemens SA i Siemens SL aktualnego zaświadczenia o niekaralności, ani też nie podniósł, że taki

dokument nie mógł zostać wydany przez państwo, w którym te dwie spółki miały siedzibę, to znaczy Belgię i Hiszpanię. Tymczasem w takich okolicznościach, zgodnie z art. 134 ust. 3 akapit drugi zasad wykonawczych te elementy dowodowe nie mogły zostać zastąpione oświadczeniem pod przysięgą lub formalnym oświadczeniem potwierdzonym w szczególności przez notariusza państwa siedziby lub pochodzenia. Ponadto formalne oświadczenie Siemens SA, przedstawione łącznie z ofertą konsorcjum Drasis, zostało potwierdzone przez belgijskiego notariusza, a EUIPO nie przedstawiło w toku postępowania podobnego oświadczenia, potwierdzonego stosownie przez hiszpańskiego notariusza w odniesieniu do Siemens SL.

74 W każdym razie w niniejszym przypadku, zgodnie z pkt 13.1 akapit czwarty tiret trzecie specyfikacji istotnych warunków zamówienia takie formalne oświadczenie mogło zostać uznane przez instytucję zamawiającą wyłącznie do celów udowodnienia braku występowania innych podstaw wykluczenia, to znaczy tych, o których mowa w pkt 13.1 akapit pierwszy lit. c), f), g) i h) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które odpowiadają tym przewidzianym w art. 93 ust. 1 lit. c) i f) oraz w art 94 lit. a) i b) ogólnego rozporządzenia finansowego, ale nie w celu wykazania braku wystąpienia podstawy wykluczenia przewidzianej w pkt 13.1 akapit pierwszy lit. e) specyfikacji istotnych warunków zamówienia w związku z art. 93 ust. 1 lit. e) ogólnego rozporządzenia finansowego.

75 Ponadto z pisma EUIPO z dnia 25 lipca 2011 r., przedstawionego w następstwie postanowienia w przedmiocie zastosowania środków dowodowych z dnia 27 marca 2015 r. (zob. pkt 26 powyżej) wynika, że instytucja zamawiająca nie zwróciła się również do konsorcjum Drasis o przedstawienie szczególnych dowodów co do braku zaistnienia podstawy wykluczenia w rozumieniu art. 93 ust. 1 lit. d) ogólnego rozporządzenia finansowego w odniesieniu do Siemens SA i Siemens SL.

76 W związku z tym w celu udzielenia odnośnego zamówienia EUIPO nie mogło zadowolić się formalnym oświadczeniem Siemens SA w charakterze dowodu braku podstawy wykluczenia w odniesieniu do sytuacji konsorcjum Drasis w rozumieniu pkt 13.1 akapit pierwszy lit. e) specyfikacji istotnych warunków zamówienia i art. 93 ust. 1 lit. e) ogólnego rozporządzenia finansowego. Tym bardziej ten środek dowodowy był nieodpowiedni w celu wykazania braku wystąpienia tej podstawy wykluczenia w odniesieniu do Siemens SL, w stosunku do którego EUIPO nie zażądało ani nie przedstawiło właściwego dowodu. Jednakże należy stwierdzić, że po pierwsze, pkt 13.1 akapit czwarty zdanie pierwsze specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprowadza wyraźny obowiązek w tym względzie, którego niewypełnienie musi prowadzić do wykluczenia danego oferenta („bezwzględnie i w celu uniknięcia wykluczenia z przetargu"), a po drugie, że zgodnie z pkt 13.1 akapit czwarty tiret pierwsze i trzecie specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumenty dowodowe „odnoszą się do podmiotów posiadających osobowość prawną lub osób fizycznych" to znaczy do wszystkich członków danego konsorcjum, w tym Siemens SL.

77 W świetle ogółu powyższych rozważań należy stwierdzić, że EUIPO w sposób oczywisty uchybiło ciążącemu na nim obowiązkowi staranności przy badaniu występowania w szczególności podstawy wykluczenia przewidzianej w pkt 13.1 akapit pierwszy lit. e) specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w art. 93 ust. 1 lit. e) ogólnego rozporządzenia finansowego. Z tego względu EUIPO naruszyło te przepisy, a także zasadę równego traktowania oferentów, co zgodnie z obowiązkiem wykluczenia, przewidzianym w pkt 13.1 akapit czwarty specyfikacji istotnych warunków zamówienia, powinno było prowadzić do wykluczenia Siemens SA i Siemens SL, a w rezultacie konsorcjum Drasis z postępowania przetargowego. Tymczasem w niniejszym przypadku, z uwagi na twierdzenia dotyczące działalności niezgodnej z prawem, w której miałby uczestniczyć Siemens AG – spółka kontrolująca Siemens SA i Siemens SL przed dniem 1 lipca 2011 r. – oraz liczne zagraniczne spółki zależne Siemens AG, takie staranne dochodzenie i rygorystyczne stosowanie wyżej wymienionych przepisów było tym bardziej konieczne.

78 W rezultacie należy uwzględnić trzecią część zarzutu i stwierdzić wyłącznie na tej podstawie nieważność decyzji o odrzuceniu oferty.

W przedmiocie zarzutu drugiego dotyczącego oczywistych błędów w ocenie

Uwagi wstępne

79 Skarżące twierdzą, że niezależnie od naruszenia przez EUIPO obowiązku uzasadnienia, przekazane przez EUIPO ogólne informacje wskazują na szereg oczywistych błędów w ocenie oferty pierwszej skarżącej, których skorygowanie prowadziłoby do innej klasyfikacji oferentów.

80 Niniejszy zarzut dzieli się na cztery części, z których pierwsza jest w szerokim zakresie przedstawiona w załączniku A.14 do skargi, co doprowadziło EUIPO do zakwestionowania jej dopuszczalności.

W przedmiocie części pierwszej zarzutu drugiego

– W przedmiocie pierwszej części zarzutu i dopuszczalności załącznika A.14 do skargi

81 W ramach pierwszej części zarzutu skarżące powołują się przede wszystkim na oczywiste błędy w ocenie, jakie miały zostać popełnione przy ocenie ofert w świetle kryteriów jakości technicznej nr 1–3. Zważywszy bowiem, że wybrani oferenci otrzymali punkty, które były bardzo zbliżone do minimalnego progu, każdy najmniejszy błąd powinien prowadzić do bezzwłocznego wykluczenia ich z postępowania przetargowego. W tym względzie skarżące podtrzymują ich żądanie nakazania przez Sąd przedstawienia pełnej wersji sprawozdania z oceny, w celu umożliwienia przeprowadzenia wymaganej kontroli sądowej. Ponadto ograniczają się one do zwięzłego przedstawienia w skardze i odwołują się do bardziej szczegółowej analizy tych błędów zawartej w załączniku A.14 do skargi. Z uwagi na brak przekazania przez EUIPO wystarczająco uzasadnionych informacji pierwsza część drugiego zarzutu jest oparta na syntetycznej i możliwie najpełniejszej argumentacji, w której czterokrotnie odwołano się do załącznika A.14 do skargi, w którym przedstawione są bardziej szczegółowe wskazówki techniczne, które powinien uwzględnić Sąd.

82 EUIPO twierdzi w istocie, że na mocy art. 44 § 1 lit. c) regulaminu postępowania z dnia 2 maja 1991 r. pierwsza część zarzutu, przedstawiona wyłącznie pokrótce i ogólnikowo na dwóch i pół stronach w skardze i przedstawiona szczegółowo na 48 stronach w załączniku A.14 do skargi, dotycząca co najmniej czternastu zarzucanych oczywistych błędów, powinna być uznana za niedopuszczalną z uwagi na brak jasności i precyzji, gdyż działanie to miało „jedynie na celu uchylenie się od wyznaczonego w regulaminie postępowania limitu stron”. Załącznik A.14 do skargi powinien być w każdym razie pominięty.

83 W tym względzie należy przypomnieć, że na podstawie art. 21 statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który ma zastosowanie do Sądu na mocy art. 53 akapit pierwszy statutu i art. 44 § 1 lit. c) regulaminu postępowania z dnia 2 maja 1991 r., każda skarga musi wskazywać przedmiot sporu oraz zawierać zwięzłe przedstawienie powołanych zarzutów. Wymóg „zwięzłego przedstawienia zarzutów” oznacza, że w skardze należy wyjaśnić, na czym polega zarzut, na którym oparta jest skarga. I tak, aby skarga wniesiona do Sądu była dopuszczalna, konieczne jest między innymi, by istotne okoliczności faktyczne i prawne, na których skarga ta została oparta, wynikały, przynajmniej w skróconej formie, lecz w sposób spójny i zrozumiały, z treści samej skargi. Choć sama treść skargi może zostać wsparta lub uzupełniona, w przypadku kwestii szczególnych, odesłaniami do poszczególnych fragmentów dokumentów do niej załączonych, ogólne odesłanie do innych dokumentów, nawet załączonych do skargi, nie może zastąpić braku istotnych elementów argumentacji prawnej, które zgodnie ze wspomnianymi powyżej przepisami muszą być zawarte w samej skardze. Aby bowiem zagwarantować pewność prawa i prawidłowy przebieg postępowania, zwięzłe przedstawienie zarzutów strony skarżącej musi być wystarczająco jasne i dokładne, aby umożliwić stronie pozwanej przygotowanie obrony, zaś właściwemu sądowi – orzeczenie w przedmiocie skargi. W związku z tym do Sądu nie należy wyszukiwanie i identyfikowanie w załącznikach zarzutów i argumentów, które mógłby uznać za

stanowiące podstawę skargi, ponieważ załączniki pełnią funkcję czysto dowodową i pomocniczą (zob. wyrok z dnia 11 września 2014 r., MasterCard i in./Komisja, C-382/12 P, Zb.Orz., EU:C:2014:2201, pkt 38–41 i przytoczone tam orzecznictwo; zob. również wyrok z dnia 5 października 2012 r., Evropaïki Dynamiki/Komisja, T-591/08, EU:T:2012:522, pkt 66 i przytoczone tam orzecznictwo).

84 W niniejszym przypadku, po pierwsze, należy stwierdzić, że pkt 66 i 67 skargi wskazują wyraźnie, że niniejszy zarzut, w szczególności jego pierwsza część są oparte na szeregu oczywistych błędów w ocenie, odnoszących się do różnych kryteriów i podkryteriów udzielenia zamówienia, które są wyraźnie wskazane przez skarżące.

85 Po drugie, uwzględniając techniczny charakter kryteriów i podkryteriów udzielenia odnośnego zamówienia, kwestia, czy istotne okoliczności faktyczne i prawne, na których poszczególne zarzuty, w szczególności pierwsza część niniejszego zarzutu zostały oparte, wynikały, przynajmniej w skróconej formie, lecz w sposób spójny i zrozumiały, z treści samej skargi, może być rozstrzygnięta wyłącznie w ramach badania zasadności każdego z tych zarzutów. Wyłącznie bowiem taka analiza może rozstrzygnąć, czy uwagi przedstawione w załączniku A.14 do skargi ograniczają się do wsparcia i uzupełnienia treści skargi w przypadku szczególnych kwestii, zwłaszcza poprzez odesłanie do poszczególnych fragmentów tegoż załącznika, czy też w odniesieniu do określonych zarzutów, chodzi o ogólne odesłanie do uwag zawartych w tym załączniku, które nie może zastąpić braku istotnych elementów argumentacji faktycznej i prawnej, które muszą być zawarte w samej skardze.

86 Po trzecie, od zbadania co do istoty kwestii faktycznych i prawnych podniesionych w każdym odnośnym zarzucie zależy również kwestia, czy zwięzłe przedstawienie niniejszego zarzutu w skardze było wystarczająco jasne i dokładne, aby umożliwić EUIPO przygotowanie obrony, a Sądowi – wydanie orzeczenia.

87 Należy zatem odroczyć badanie dopuszczalności uwag przedstawionych w załączniku A.14 do skargi i dokonać oceny zasadności poszczególnych argumentów podniesionych w ramach niniejszego zarzutu, opartych na oczywistych błędach w ocenie w zastosowaniu technicznych kryteriów udzielania zamówienia, uwzględniając, że ocena ta musi opierać się zasadniczo na argumentach odnoszących się do okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych w samej skardze.

88 W rezultacie w zakresie, w jakim EUIPO wnosi o stwierdzenie niedopuszczalności niniejszego zarzutu, a w każdym razie pierwszej jego części oraz pominięcie załącznika A.14 do skargi w całości, rozstrzygnięcie w sprawie podniesionego przez EUIPO zarzutu niedopuszczalności zostaje odroczone.

– W przedmiocie zarzutu pierwszego dotyczącego kryterium nr 1, podkryterium nr 1.1, pkt 1.1.2.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia […]

– W przedmiocie zarzutu drugiego dotyczącego kryterium nr 1, podkryterium nr 1.1, pkt 1.1.3.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia

98 Kwestia podniesiona w ramach kryterium nr 1, podkryterium nr 1.1, pkt 1.1.3.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia miała umożliwić instytucji zamawiającej ustalenie, jakie „kluczowe środki przewidywał" oferent po pomyślnym zakończeniu etapu transformacji na początku realizacji zamówienia, tzw. etapu „in" w odniesieniu do „szczególnego systemu informatycznego".

[…]

100 Skarżące, po pierwsze, kwestionują, że rzeczona oferta nie uwzględnia każdorazowo złożoności odnośnego systemu, a po drugie, twierdzą, że zapewnione jest, iż proces transformacji dotyczy wszystkich stron, w tym również EUIPO i wykonawcy, oraz oparty jest na szczególnej liście kontrolnej, której sprawdzenie pozwala na uruchomienie procesu w drodze konsensusu. EUIPO

odpowiada w istocie, że sprawozdanie z oceny w uzasadniony sposób wskazywało na fakt, że w ofercie pierwszej skarżącej brakowało niektórych kryteriów, takich jak złożoność systemu, jego kluczowe znaczenie dla proponowanych kryteriów oraz konieczność zawarcia porozumienia co do zakończenia transformacji przez obydwu wykonawców. Ponadto, o ile rzeczona oferta przewidywała przygotowanie listy kontrolnej w zakresie jakości, nie wskazywała ona, że miał jej towarzyszyć konsensus. EUIPO stwierdziło zatem słusznie, że porozumienie, to znaczy konsensus między aktualnym usługodawcą a nowym wykonawcą, jest konieczne do uznania, że transformacja na początkowym etapie realizacji zamówienia jest zakończona, a oferta ta nie zawierała takiej propozycji. Skarżące kwestionują natomiast, po pierwsze, konieczność zawarcia takiego „prawnego" porozumienia między dwoma usługodawcami, z których każdego łączą stosunki umowne wyłącznie z EUIPO, oraz, po drugie, argument podniesiony a posteriori co do „kluczowego znaczenia", który zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i w świetle „kluczowego" charakteru ogółu programów EUIPO, jest stałym elementem uwzględnianym w przypadku przejęcia.

101 W tym względzie należy podkreślić, że kwestia podniesiona w ramach rozważanego kryterium udzielenia zamówienia jest szczególnie nieostra, gdyż odnosi się w ogólny sposób do „przewidywanych kluczowych środków". Wynika stąd, że szczegółowe wymogi w zakresie przedstawienia określonych „kryteriów", które zgodnie z zarzutami podniesionymi w sprawozdaniu z oceny nie zostały zawarte w ofercie pierwszej skarżącej, nie znajdują dostatecznie jasnej, precyzyjnej i jednoznacznej podstawy w treści tego kryterium udzielenia zamówienia, tak aby pozwolić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na dokonanie ich wykładni w taki sam sposób i umożliwić instytucji zamawiającej stosowanie ich w sposób obiektywny i jednolity poprzez weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają rzeczonym wymogom (zob. podobnie wyroki: z dnia 17 lutego 2011 r., Komisja/Cypr, C-251/09, EU:C:2011:84, pkt 39, 40; z dnia 25 października 2012 r., Astrim i Elyo Italia/Komisja, T-216/09, EU:T:2012:574, pkt 35–37 i przytoczone tam orzecznictwo).

102 Należy jednak stwierdzić, że skarżące nie kwestionują wyraźnie i bezpośrednio braku precyzji lub jasności tego kryterium udzielenia zamówienia. Tymczasem Sąd, nie mogąc podnieść z urzędu kwestii zgodności z prawem takiego kryterium, musi ograniczyć swą kontrolę do argumentów wyraźnie podniesionych przez skarżące. Argumenty te dotyczą w istocie, po pierwsze, dorozumianego wymogu zawarcia porozumienia między aktualnym usługodawcą a nowym wykonawcą, a po drugie, faktu niedostatecznego uwzględnienia złożoności i kluczowego charakteru systemu.

103 Co się tyczy pierwszego argumentu, z uwagi na nieprecyzyjne i ogólne odwołanie się w ramach tego kryterium udzielenia zamówienia do „przewidywanych kluczowych środków", skarżące słusznie podnoszą, że instytucja zamawiająca nie była uprawniona do oparcia się na dorozumianym szczególnym wymogu zawarcia „porozumienia między dwoma usługodawcami dotyczącego zakończenia transformacji". Ponadto, bez konieczności badania ewentualnego prawnego charakteru porozumienia wymaganego w dorozumiany sposób i niezdefiniowanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należy przypomnieć, że pierwsza skarżąca wskazała w swej ofercie, że „sprawna współpraca z EUIPO i poprzednim wykonawcą ułatwi w istotnym stopniu przekazanie know-how" i „z tego powodu zamierza [ona] podjąć wszelkie działania konieczne do zapewnienia owocnej współpracy z EUIPO i poprzednim wykonawcą".

104 W świetle tego twierdzenia zarzut komisji przetargowej, zgodnie z którym oferta pierwszej skarżącej nie obejmowała „porozumienia między dwoma usługodawcami dotyczącego zakończenia transformacji" jest formalistyczny i wygórowany, gdyż pierwsza skarżąca zaproponowała podjęcie wszelkich niezbędnych działań w celu nawiązania na etapie transformacji współpracy z poprzednim wykonawcą w celu umożliwienia przekazania know-how, co pokrywa się w dużym stopniu z celem dorozumianego „porozumienia" wymaganego a posteriori przez instytucję zamawiającą. EUIPO nie może podważyć tego wniosku w drodze argumentu podniesionego na rozprawie, zgodnie z którym w tym zakresie oferta pierwszej skarżącej ograniczała się do opisania procesu a nie jego wyniku, co było jednak wyraźnie wymagane zgodnie z wyrażeniem „po pomyślnym zakończeniu etapu

transformacji na początku realizacji zamówienia", gdyż taki wymóg, w szczególności zobowiązanie rezultatu w postaci zawarcia „porozumienia" nie wynikało z wymaganą jasnością z odnośnego pytania. Należy stwierdzić, że rzeczony wymóg nie wynika także z pkt 2.2.1 akapit pierwszy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na który EUIPO powołało się wyłącznie na rozprawie, w kontekście zarzutu piątego (zob. pkt 135 poniżej), gdyż punkt ten wskazywał wyraźnie, że to do EUIPO, a nie do nowego wykonawcy należało zawarcie szczególnego porozumienia wymagającego od tegoż wykonawcy wdrożenia procesu przekazania know-how między nim a poprzednim wykonawcą i EUIPO w celu przyjęcia odpowiedzialności za utrzymanie systemów informatycznych EUIPO. Krytykując ofertę pierwszej skarżącej w tym zakresie, EUIPO popełniło zatem oczywisty błąd w ocenie.

[…]

108 Wynika stąd, że nie można uwzględnić drugiego argumentu i że w tym przedmiocie nie jest konieczne rozstrzyganie zarzutu niedopuszczalności podniesionego w ramach obrony przez EUIPO w tym celu, w szczególności jeśli chodzi o odesłanie do uwag zawartych w załączniku A.14 do skargi.

109 Z powyższych uwag wynika, że zarzut drugi należy w części uwzględnić a w części oddalić.

– W przedmiocie zarzutu trzeciego dotyczącego kryterium nr 1, podkryterium nr 1.1, pkt 1.1.3.10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia

110 Kwestia poruszona w ramach kryterium nr 1, podkryterium nr 1.1, pkt 1.1.3.10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia miała umożliwić instytucji zamawiającej ustalenie, jakie inne „kluczowe aspekty" oferent uznawał za zasadnicze na etapie transformacji na początku realizacji zamówienia, tzw. etapie „in" w odniesieniu do „szczególnego systemu informatycznego".

111 W tej kwestii odnośny fragment sprawozdania z oceny w odniesieniu do jakości technicznej oferty pierwszej skarżącej stwierdzał, co następuje:

„Z formalnego punktu widzenia odpowiedź jest zbyt długa. W dużym zakresie jest to powtórzenie odpowiedzi na wcześniejsze pytania ([które,] pomijają przy tym kwestię »innych kluczowych aspektów«). Pominięte zostały istotne aspekty: skalowalność procesu (pomniejsze programy nie wymagają pełnego procesu transformacji na początku realizacji zamówienia), kontrola przebiegu i rozwiązania w trakcie transformacji oraz ograniczenia geograficzne".

112 Skarżące zarzucają EUIPO niesłuszne zakwestionowanie długości, powtarzalności i niepełności odpowiedzi udzielonej w ofercie pierwszej skarżącej, która obejmowała zarówno skalowalność procesu, jak i ograniczenia geograficzne. Ponadto wbrew temu, co stwierdziło EUIPO w toku postępowania, rzeczona oferta proponowała metodologię odpowiadającą samej definicji skalowalności – a nie „uniwersalny" model – gdyż miała ona uwzględnić każdorazowo daną występującą sytuację i była zatem w każdym razie dostosowana do potrzeb poszczególnych zadań.

113 EUIPO odpowiada w istocie, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia przewidywała również, że oferty powinny być jasne i zwięzłe oraz odpowiadające danemu pytaniu. Tymczasem w szczególności wprowadzenie do odpowiedzi udzielonej na pytanie 1.1.3.10 ograniczało się do powtórzenia wprowadzenia do odpowiedzi udzielonej na pytanie 1.1.3.3. Ponadto skarżące nie wykazały, że oferta pierwszej skarżącej uwzględniała skalowalność projektu lub ograniczenia geograficzne. Zgodnie z zarzutami komisji przetargowej rzeczona oferta nie uwzględniała występowania różnych programów w ramach EUIPO, wymienionych w dokumentach załączonych w załączniku II do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto podobnie jak w odniesieniu do etapu transformacji kończącego umowę oferta ta nie poruszała kwestii ryzyka związanego z ograniczeniami geograficznymi występującymi na etapie transformacji na początku realizacji zamówienia.

114 Podobnie jak w przypadku kryterium nr 1, podkryterium nr 1.1, pkt 1.1.3.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zob. pkt 101 powyżej), niniejsze kryterium odznacza się bez wątpienia brakiem jasności i precyzji w zakresie, w jakim sprowadza się ono zasadniczo do ogólnej kwestii obejmującej „inne kluczowe aspekty" uznane za zasadnicze przez oferentów na etapie transformacji na początku realizacji zamówienia. Jednakże, o ile skarżące kwestionują w uwagach przedstawionych w załączniku A.14 do skargi brak precyzji tego kryterium, którego EUIPO nie wyjaśniło w większym stopniu mimo wyraźnie zadanych pytań w toku postępowania przetargowego, to jednakże nie podnoszą one tego argumentu w samej skardze. W świetle zatem orzecznictwa cytowanego w pkt 83 powyżej taki zarzut, który nie został wymieniony w treści skargi, należy uznać za niedopuszczalny w rozumieniu art. 44 § 1 lit. c) regulaminu postępowania z dnia 2 maja 1991 r., zgodnie z zarzutem niedopuszczalności podniesionym na obronę w tym celu przez EUIPO.

115 Jeśli chodzi o pierwszy argument, podniesiony w sposób dopuszczalny w samej skardze, zgodnie z którym instytucja zamawiająca niesłusznie zarzuciła w stosunku do odpowiedzi udzielonej w ofercie pierwszej skarżącej przewlekłość i powtarzalność, EUIPO stwierdziło na rozprawie, że twierdzenie to „z formalnego punktu widzenia" oznaczało negatywną ocenę, wskazującą, że przedstawiona odpowiedź nie była wystarczająco jasna i zwięzła oraz odpowiadająca danemu pytaniu. Tymczasem taka uwaga przedstawiona dopiero w toku postępowania nie może zmieniać zakresu czysto formalnej krytyki wyrażonej w sprawozdaniu z oceny, dotyczącej przewlekłości i powtarzalności odpowiedzi udzielonej przez pierwszą skarżącą. Ponadto nie wynika ani ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani z uzasadnienia sprawozdania z oceny, w jakim zakresie taka ocena jest zasadna, gdyż wprowadzenie do załącznika 17 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowiło właśnie, że odpowiedź na każde poszczególne pytanie powinna obejmować od jednej do dwóch stron, które to ograniczenie zostało w niniejszym przypadku zachowane w odpowiedzi pierwszej skarżącej. W związku z tym należy uwzględnić pierwszy argument i oddalić zarzut niedopuszczalności podniesiony na obronę w tym celu przez EUIPO.

116 Jeśli chodzi o drugi argument, wystarczy stwierdzić, że został on rozwinięty w sposób zrozumiały wyłącznie w załączniku A.14 do skargi, co oznacza, zgodnie z orzecznictwem cytowanym w pkt 83 powyżej, że argument ten należy uznać za niedopuszczalny. Ponadto, uwzględniając nawet argumenty przedstawione w rzeczonym załączniku, nie są one wystarczające, aby uzasadnić zarzut postawiony EUIPO w zakresie oczywistego błędu w ocenie dotyczącego odnośnych kwestii.

[…]

121 Z powyższych uwag wynika, że EUIPO nie popełniło oczywistego błędu w ocenie, uznając, że oferta pierwszej skarżącej pomijała „skalowalność procesu", „kontrolę przebiegu procesu", „rozwiązania w trakcie transformacji" oraz „ograniczenia geograficzne" jako „kluczowe aspekty" w rozumieniu kryterium nr 1, podkryterium nr 1.1, pkt 1.1.3.10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

122 W rezultacie należy uwzględnić w części zarzut trzeci – oraz oddalić zarzut niedopuszczalności podniesiony w tym celu na obronę przez EUIPO – a w części oddalić go.

– W przedmiocie zarzutu czwartego dotyczącego kryterium nr 1, podkryterium nr 1.1, pkt 1.1.4.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia […]

– W przedmiocie zarzutu piątego dotyczącego kryterium nr 1, podkryterium nr 1.1, pkt 1.1.4.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia […]

– W przedmiocie zarzutu szóstego dotyczącego kryterium nr 1, podkryterium nr 1.1, pkt 1.1.4.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia

140 Kwestia podniesiona w ramach kryterium nr 1, podkryterium nr 1.1, pkt 1.1.4.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia miała umożliwić instytucji zamawiającej ustalenie „kluczowych środków pozwalających na pomyślne zakończenie etapu transformacji przy zakończeniu realizacji zamówienia [tzw. etapu »out«] w odniesieniu do szczególnego systemu informatycznego”.

141 W tej kwestii odnośny fragment sprawozdania z oceny w odniesieniu do jakości technicznej oferty pierwszej skarżącej stanowi, co następuje:

„Odpowiedź jest zbyt długa. Wyłącznie ostatnie 25% są związane z pytaniem. Odpowiedź nie wskazuje listy kryteriów pozwalających na dokonanie oceny pełnego charakteru transformacji przy zakończeniu realizacji zamówienia. Pominięte zostały istotne kryteria: zakończenie planowanych zadań, zamknięcie ryzyka, zatwierdzenie transformacji przez wykonawcę na początku realizacji zamówienia”.

142 Skarżące kwestionują zasadniczo fakt, że odpowiedź w tejże ofercie była zbyt długa, że nie wymienia ona kryteriów pozwalających na ocenę pełnego charakteru transformacji przy zakończeniu realizacji zamówienia oraz że pominięte zostały istotne kryteria. Zdaniem EUIPO w istocie oferta pierwszej skarżącej nie wskazywała kryteriów pozwalających na dokonanie oceny zakończenia transformacji przy zakończeniu realizacji zamówienia, gdyż oferenci byli zobowiązani do przedstawienia „kluczowych środków”, konkretnych wartości i danych liczbowych na poparcie twierdzeń, aby pozwolić na sprawdzenie, że ten etap transformacji został prawidłowo przeprowadzony. Oferta pierwszej skarżącej opisuje bowiem tylko proces pozwalający na uzyskanie tych danych liczbowych.

143 Na wstępie należy stwierdzić, że nawet jeśli tak jak w przypadku poprzednich kryteriów udzielenia zamówienia, rozważane kryterium udzielenia zamówienia odznacza się brakiem jasności i precyzji, gdyż ogranicza się do odwołania się w sposób ogólny do „kluczowych środków”, aspekt ten nie został wyraźnie i odrębnie podniesiony przez skarżące ani w skardze, ani w załączniku A.14 do niej, co oznacza, że nie może być badany przez Sąd z urzędu. Należy zatem ograniczyć kontrolę do zbadania oczywistego błędu w ocenie w związku z każdym z argumentów podniesionych przez skarżące.

144 Po pierwsze, co się tyczy zarzutu przewlekłości odpowiedzi pierwszej skarżącej, wystarczy zauważyć zgodnie z tym, co zostało przedstawione w ramach trzeciego zarzutu, że załącznik 17 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźnie stanowi, że odpowiedź na każde poszczególne pytanie powinna obejmować od jednej do dwóch stron, a wskazana odpowiedź nie wykracza poza to ograniczenie. Podobnie jak zostało to stwierdzone w pkt 115 powyżej, należy uznać, że ocena ta zawiera oczywisty błąd w ocenie i zarzut niedopuszczalności podniesiony na obronę w tym celu przez EUIPO powinien zostać oddalony.

145 Po drugie, ani sprawozdanie z oceny, ani EUIPO, nawet w wyniku ustnego pytania Sądu na rozprawie, nie wyjaśnia w sposób wymagany prawem powodów, dla których instytucja zamawiająca uznała, że tylko 25% tekstu odpowiedzi pierwszej skarżącej odnosiło się do zadanego pytania. W każdym razie fakt, że ostatnia część tej odpowiedzi stanowiąca około jednej czwartej tekstu, jest poprzedzona tytułem „3. Ocena skutecznego i pełnego charakteru transformacji przy zakończeniu realizacji zamówienia” nie uzasadnia sam w sobie, że inne części tej odpowiedzi przedstawione w tytule „2. Środki w zakresie jakości w celu zapewnienia pomyślnej transformacji systemu na etapie zakończenia realizacji

zamówienia" i „2.1 Kluczowe środki w zakresie jakości", były w tym zakresie pozbawione znaczenia. Ponieważ motywy podniesione na poparcie decyzji o odrzuceniu oferty uniemożliwiają zarówno skarżącej, jak i Sądowi badanie zasadności oceny instytucji zamawiającej w tym zakresie, ocena ta nie została w wystarczającym zakresie uzasadniona, co Sąd jest zobowiązany podnieść z urzędu w oparciu o względy porządku publicznego (zob. podobnie wyrok z dnia 20 maja 2009 r., VIP Car Solutions/Parlament, T-89/07, Zb.Orz., EU:T:2009:163, pkt 65 i przytoczone tam orzecznictwo), a czego EUIPO nie może uzupełnić w toku postępowania (zob. podobnie wyrok z dnia 21 lutego 2013 r., Evropaïki Dynamiki/Komisja, T-9/10, EU:T:2013:88, pkt 27 i przytoczone tam orzecznictwo).

[…]

148 W rezultacie niniejszy zarzut należy w części oddalić a w części uwzględnić, stwierdzając oczywisty błąd w ocenie oraz brak wystarczającego uzasadnienia w odniesieniu do długości oferty pierwszej skarżącej.

– W przedmiocie zarzutu siódmego dotyczącego kryterium nr 1, podkryterium nr 1.3, pkt 1.3.1.12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia […]

– W przedmiocie zarzutu ósmego dotyczącego kryterium nr 1, podkryterium nr 1.4, pkt 1.4.2.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia […]

– W przedmiocie zarzutu dziewiątego dotyczącego kryterium nr 1, podkryterium nr 1.4, pkt 1.4.4.10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia […]

– W przedmiocie zarzutu dziesiątego dotyczącego kryterium nr 1, podkryterium nr 1.4, pkt 1.4.4.12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia […]

– W przedmiocie zarzutu jedenastego dotyczącego kryterium nr 1, podkryterium nr 1.5 i 1.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia […]

– W przedmiocie zarzutu dwunastego dotyczącego kryterium nr 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia […]

– W przedmiocie zarzutu trzynastego dotyczącego kryterium nr 3, podkryterium nr 3.1, pkt 3.1.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia

189 Zgodnie z kwestią podniesioną w ramach kryterium nr 3, podkryterium nr 3.1, pkt 3.1.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferenci mieli opisać zasadnicze punkty swego modelu relacji z klientami.

190 W tej kwestii odnośny fragment sprawozdania z oceny w odniesieniu do jakości technicznej oferty pierwszej skarżącej w świetle kryterium nr 3, podkryterium nr 3.1, pkt 3.1.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia stwierdzał w szczególności, co następuje:

„Co do zasady odpowiedzi European Dynamics są zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Pewne braki zostały wskazane w obrębie następujących punktów:

3.1.1.2:
Proponowana organizacja nie dotyczy w szczególności taktycznego i operacyjnego szczebla. Plan komunikacji nie został jasno określony. Nie jest on zgodny ze standardową metodą zarządzania".

191 Zdaniem skarżących w tym kontekście instytucja zamawiająca oparła się na nowych podkryteriach udzielenia zamówienia, nieprzewidzianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kwestionują one fakt, że oferta pierwszej skarżącej nie poruszała szczególnie kwestii taktycznego i operacyjnego szczebla. Rzeczona oferta opisywała również efektywny system komunikacji w ramach relacji z klientami, podczas gdy specyfikacja istotnych warunków zamówienia wymagała jedynie ogólnego modelu relacji z klientami a nie „planu komunikacji". Ponadto EUIPO nie wykazało, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia wymagała „standardowej metody zarządzania", której pierwsza skarżąca miałaby jakoby nie zastosować, nie określiło szczegółowo jej treści ani nie wyjaśniło, w jakim zakresie jej oferta nie była zgodna z tym nowym wymogiem.

192 EUIPO odpowiada, że uwaga dotycząca braku standardowej metody zarządzania nie miała na celu stwierdzenia, że oferta pierwszej skarżącej powinna była zastosować tę metodę, lecz że niektóre zasadnicze aspekty tej metody powszechnie stosowanej przez EUIPO „nie zostały poruszone, gdyż oferta mogłaby być bardziej szczegółowa". Skarżące twierdziły, że poruszyły kwestię „taktycznego i operacyjnego szczebla" w „sekcji 6", podczas gdy taki dokument nie istnieje. Inny przykład niespójności odpowiedzi pierwszej skarżącej dotyczy „relacji wykonawcy z klientem", w ramach której wyznaczyła ona – jak twierdziła – osobę odpowiedzialną w zakresie rozpatrywania uwag i wniosków klienta oraz wskazała szereg działań, które miały być powierzone tej osobie w tym zakresie, w tym „organizowanie zebrań" lub „zapewnienie zachowania wymogów w odniesieniu do jakości usługi". Tak więc, w sytuacji gdy sama pierwsza skarżąca twierdziła, że komunikacja miała pierwszorzędne znaczenie do celów dobrych relacji z klientami, nie przedstawiła ona planu komunikacji, co słusznie podkreśliła komisja przetargowa.

193 Należy stwierdzić, że niniejsze kryterium udzielenia zamówienia, według którego oferenci mają opisać „zasadnicze punkty" ich modelu relacji z klientami, jest szczególnie nieprecyzyjne, a zatem nie może pozwolić rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na dokonanie jego wykładni w taki sam sposób a instytucji zamawiającej dokonanie porównawczej oceny przedłożonych ofert w sposób obiektywny i przejrzysty (zob. orzecznictwo cytowane w pkt 101 powyżej). Zgodnie z tym, co twierdzą skarżące, wynika stąd, że podkryteria wymienione a posteriori w sprawozdaniu z oceny, to znaczy szczebel taktyczny lub operacyjny, zdefiniowanie planu komunikacji i standardowa metoda zarządzania nie znajdują dostatecznie jasnej, precyzyjnej i jednoznacznej podstawy w treści tego kryterium udzielenia zamówienia. Jednakże takie podejście jest wyraźnie sprzeczne z utrwalonym orzecznictwem, zgodnie z którym w celu poszanowania zasady równego traktowania i zasady przejrzystości konieczne jest, by wszystkie czynniki, które instytucja zamawiająca bierze pod uwagę w celu wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, oraz w miarę możliwości ich stosunkowa waga były znane potencjalnym oferentom w chwili przygotowywania swoich ofert i w rezultacie, by instytucja zamawiająca nie mogła zastosować w ramach kryteriów udzielenia zamówienia podkryteriów, o których nie powiadomiła uprzednio oferentów (zob. podobnie wyroki: z dnia 24 stycznia 2008 r., Lianakis i in., C-532/06, Zb.Orz., EU:C:2008:40, pkt 36–38; z dnia 21 lipca 2011 r., Evropaïki Dynamiki/EMSA, C-252/10 P, EU:C:2011:512, pkt 30, 31). W związku z tym argumentacja przedstawiona w tym przedmiocie przez EUIPO w toku postępowania, która ma dokonywać ponownej interpretacji odnośnego kryterium udzielenia zamówienia oraz uzasadnić ex post ocenę przedstawioną w sprawozdaniu z oceny w świetle znaczenia przypisanego w ten sposób temu kryterium, nie może zostać uwzględniona i musi być zatem odrzucona. Wynika stąd, że instytucja zamawiająca nie mogła oprzeć negatywnej oceny przedstawionej w sprawozdaniu z oceny na odnośnym kryterium udzielenia zamówienia.

194 Z samych tych powodów należy stwierdzić wystąpienie oczywistego błędu w ocenie i uwzględnić niniejszy zarzut, który został przedstawiony w dostatecznie szczegółowy sposób w tekście samej skargi. Wynika stąd ponadto, że zarzut niedopuszczalności podniesiony na obronę w tym celu przez EUIPO, w szczególności jeśli chodzi o odesłanie do uwag przedstawionych w załączniku A.14 do skargi, musi zostać oddalony i nie jest konieczne badanie, czy oferta pierwszej skarżącej obejmowała bądź nie brakujące jakoby aspekty, takie jak istnienie planu komunikacji.

– W przedmiocie zarzutu czternastego dotyczącego kryterium nr 3, podkryterium nr 3.1, pkt 3.1.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia […]

– W przedmiocie zarzutu piętnastego dotyczącego kryterium nr 3, podkryterium nr 3.1, pkt 3.1.4.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia […]

W przedmiocie części od drugiej do czwartej drugiego zarzutu opartych na oczywistych błędach w ocenie, które miałyby zostać popełnione w ramach oceny jakości finansowej oferty pierwszej skarżącej, naruszeniu kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie oraz zmianie przedmiotu zamówienia

– Przypomnienie istotnej treści specyfikacji warunków zamówienia […]

– Przypomnienie argumentów stron […]

– Ocena niniejszego przypadku

215 Po pierwsze, należy na wstępie zauważyć, że oferent może kwestionować w sposób incydentalny zgodność z prawem wzoru oceny finansowej przyjętego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wykorzystanego przez instytucję zamawiającą w ramach porównawczej oceny ofert (zob. podobnie wyrok z dnia 20 września 2011 r., Evropaïki Dynamiki/EBI, T-461/08, Zb.Orz., EU:T:2011:494, pkt 74). Po drugie, jeśli chodzi o zgodność z prawem co do istoty zakwestionowanego wzoru oceny finansowej, należy przypomnieć, że instytucja zamawiająca dysponuje szerokim zakresem uznania co do wyboru, treści i stosowania istotnych kryteriów udzielenia zamówienia związanych z odnośnym zamówieniem, w tym kryteriów służących wskazaniu najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, które to kryteria muszą odpowiadać charakterowi, przedmiotowi i szczególnym cechom tegoż zamówienia i służyć jak najlepiej wskazanym potrzebom i celom założonym przez instytucję zamawiającą (zob. podobnie ww. wyrok Evropaïki Dynamiki/EBI, EU:T:2011:494, pkt 137, 192).

[…]

223 Uwagi te są wystarczające do stwierdzenia, że skarżące nie wykazały ani niezgodności z prawem wzoru oceny finansowej przewidzianego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani występowania oczywistych błędów w ocenie związanych z zastosowaniem tegoż wzoru.

224 W rezultacie należy oddalić części od drugiej do czwartej zarzutu jako bezpodstawne, bez konieczności zastosowania wnioskowanych przez skarżące środków organizacji postępowania.

Wniosek częściowy

225 W świetle ogółu powyższych uwag należy stwierdzić, że zarzut drugi należy w części uwzględnić a w części oddalić.

226 Należy podkreślić, że w zakresie, w jakim Sąd stwierdził w tym kontekście występowanie oczywistych błędów w ocenie lub brak dostatecznego uzasadnienia wpływające na zgodność z prawem oceny oferty pierwszej skarżącej, te naruszenia prawa uzasadniają same w sobie stwierdzenie nieważności decyzji o odrzuceniu oferty.

227 Należy bowiem w tym względzie przypomnieć, że jak wynika z tabeli oceny porównawczej ofert technicznych przedstawionej w pkt 14 powyżej, oferta techniczna pierwszej skarżącej uzyskała, na mocy kryteriów jakościowych nr 1–3, po dokonaniu ważenia przyznanych punktów netto, maksymalny

wynik wynoszący 100 punktów brutto, podczas gdy oferty trzech wybranych oferentów uzyskały wyraźnie niższą liczbę punktów netto i brutto, a niektórzy z nich niewiele powyżej progu wykluczającego z przetargu wynoszącego 45, 15 i 10 punktów odpowiednio dla kryteriów jakościowych nr 1–3. W związku z tym 87,90 punktu netto przyznanych ofercie pierwszej skarżącej zostało podniesionych do 100 punktów brutto, podczas gdy 71,96 punktu netto przyznanych ofercie IECI zostało podniesionych do 81,86 punktu brutto, 70,66 punktu netto przyznanych ofercie Unisys, zostało podniesionych do 80,38 punktu brutto a 78,05 punktu netto przyznanych ofercie Drasis zostało podniesionych do 88,78 punku brutto.

228 Jak potwierdziło EUIPO w odpowiedzi na pytanie Sądu zadane na piśmie, podniesienie punktów w przypadku trzech wybranych oferentów było wynikiem zastosowania zasady proporcji i było proporcjonalne do podniesienia zastosowanego w przypadku oferty pierwszej skarżącej, gdyż stanowiła ona wartość referencyjną z uwagi na największą liczbę punktów. Natomiast, jeżeli w wyniku ogłoszenia niniejszego wyroku nowa ocena oferty technicznej pierwszej skarżącej, niezawierająca stwierdzonych nieprawidłowości, miałaby doprowadzić instytucję zamawiającą do przyznania jej większej liczby punktów z tytułu kryteriów jakościowych nr 1–3, powodowałoby to, że na podstawie zasady proporcji odpowiednie zwiększenie liczby punktów tejże oferty, której ocena stanowiłaby wartość referencyjną, prowadziłoby nieuchronnie do proporcjonalnego obniżenia punktów brutto przyznanych wybranym oferentom, co mogłoby wpłynąć na ich ostateczną klasyfikację w procedurze kaskadowej. Co więcej, wynik ten wpłynąłby nieuchronnie na wyważenie, w oparciu o obliczone w ten sposób wartości brutto, wszystkich ofert w celu wskazania oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, zgodnie z tabelą, zawartą w pkt 14 powyżej.

229 Należy uznać, że nieprawidłowości stwierdzone w ramach drugiego zarzutu mogły wpłynąć na wynik postępowania przetargowego, co powinno uwzględnić EUIPO na mocy art. 266 akapit pierwszy TFUE (zob. również pkt 276 poniżej).

W przedmiocie nowego zarzutu opartego na naruszeniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie, w jakim EUIPO przyjęło ofertę finansową IECI […]

W przedmiocie zarzutu pierwszego dotyczącego naruszenia obowiązku uzasadnienia

238 Skarżące powołują się na naruszenie art. 100 ust. 2 ogólnego rozporządzenia finansowego i art. 149 ust. 2 zasad wykonawczych, gdyż EUIPO nie przedstawiło im dostatecznego uzasadnienia, w szczególności pełnej kopii sprawozdania z oceny, aby umożliwić im zrozumienie w szczególności porównawczej oceny zalet poszczególnych ofert i podjęcie decyzji o wniesieniu skargi, oraz aby pozwolić Sądowi na dokonanie kontroli. W tym względzie skarżące wniosły do Sądu o nakazanie EUIPO przedstawienia pełnych wersji sprawozdania z oceny i ofert trzech wybranych oferentów oraz jawnych wersji tych dokumentów. W tym kontekście kwestionują one w szczególności, że ocena przyznana pierwszej skarżącej z tytułu jakości technicznej oferty wynosiła 100%, gdyż wynosiła ona 58,21 dla kryterium nr 1, 18,00 dla kryterium nr 2 i 11,69 dla kryterium nr 3, czyli ogółem 87,90%. Uznając nawet, że skarżąca ta uzyskała maksymalny wynik na płaszczyźnie technicznej, konieczne było uzasadnienie w szczegółowy sposób zalet, jakie przedstawiały oferty wybranych oferentów w świetle istotnych określonych kryteriów i podkryteriów, tak aby niewybrany oferent mógł zrozumieć porównawczą ocenę ofert i skorzystać z przysługującego mu prawa do skutecznej ochrony sądowej.

239 EUIPO odpowiada w istocie, że spełniło obowiązek uzasadnienia, w szczególności podając wyniki postępowania przetargowego w spornym piśmie, i odpowiedziało na wnioski skarżących o przekazanie wyjaśnień w pismach z dnia 26 sierpnia i 15 września 2011 r. Fragment sprawozdania z oceny załączony do pisma z dnia 26 sierpnia 2011 r. nie zawierał uwag komisji przetargowej dotyczących ofert wybranych oferentów z tego tylko powodu, że w odniesieniu do ich jakości technicznej nie było względnych zalet, które należałoby wskazać, a oferta pierwszej skarżącej uzyskała maksymalny wynik 100 na 100 punktów za ogół technicznych kryteriów udzielenia zamówienia oraz najlepszą ocenę za

każde techniczne kryterium udzielenia zamówienia ujmowane odrębnie. Ponadto informacje przekazane w przedmiocie oceny kryteriów finansowych były wystarczające i umożliwiały pierwszej skarżącej w szczególności obliczenie na podstawie punktów przyznanych jej ofercie finansowej i punktów przyznanych wybranym oferentom – ofert finansowych tych ostatnich.

240 W tym zakresie należy przypomnieć, że jeżeli, tak jak w niniejszej sprawie, instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii dysponują szerokim uznaniem jako instytucje zamawiające, to poszanowanie gwarancji zapewnianych przez porządek prawny Unii w ramach postępowania administracyjnego nabiera tym bardziej fundamentalnego znaczenia. Do gwarancji tych należy między innymi obowiązek wystarczającego uzasadnienia swoich decyzji przez właściwą instytucję. Tylko na tej podstawie sąd Unii może ustalić, czy występują okoliczności faktyczne i prawne warunkujące korzystanie ze swobodnego uznania (wyrok z dnia 21 listopada 1991 r., Technische Universität München, C-269/90, Rec, EU:C:1991:438, pkt 14; ww. w pkt 145 wyrok VIP Car Solutions/Parlament, EU:T:2009:163, pkt 61; wyrok z dnia 12 grudnia 2012 r., Evropaïki Dynamiki/EFSA, T-457/07, EU:T:2012:671, pkt 42).

241 Na podstawie obowiązku uzasadnienia przewidzianego w art. 296 akapit drugi TFUE autor danego aktu powinien przedstawić w sposób jasny i jednoznaczny swoje rozumowanie w taki sposób, po pierwsze, aby pozwolić zainteresowanym na poznanie uzasadnienia przyjęcia danego środka w celu umożliwienia im wykonania ich praw, oraz po drugie, aby umożliwić sądowi sprawowanie kontroli. Ponadto ów wymóg uzasadnienia należy oceniać w zależności od okoliczności sprawy, w szczególności treści aktu, charakteru przedstawionych argumentów i interesu, jaki mogą mieć w uzyskaniu wyjaśnień adresaci lub inne osoby, których akt dotyczy bezpośrednio i indywidualnie (zob. ww. w pkt 145 wyrok Evropaïki Dynamiki/Komisja, EU:T:2013:88, pkt 25, 26 i przytoczone tam orzecznictwo). Obowiązek uzasadnienia stanowi również istotny wymóg formalny, który trzeba odróżnić od kwestii słuszności uzasadnienia, dotyczącej zgodności z prawem spornego aktu co do istoty (zob. wyrok z dnia 22 maja 2012 r., Evropaïki Dynamiki/Komisja, T-17/09, EU:T:2012:243, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo).

242 W dziedzinie udzielania zamówień publicznych art. 100 ust. 2 akapit pierwszy ogólnego rozporządzenia finansowego, a także art. 149 ust. 3 zasad wykonawczych ustanawiają warunki, w jakich organ zamawiający spełnia swój obowiązek uzasadnienia wobec oferentów.

243 Zgodnie zatem z art. 100 ust. 2 akapit pierwszy ogólnego rozporządzenia finansowego „[z]amawiający 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”.

244 W tym zakresie z utrwalonego orzecznictwa wynika, że na podstawie tego przepisu nie można domagać się od instytucji zamawiającej, aby przekazała oferentowi, którego oferta nie została wybrana, poza powodami jej odrzucenia, po pierwsze, dokładne podsumowanie tego, w jaki sposób każdy ze szczegółów jego oferty został uwzględniony przy jej ocenie, oraz po drugie – w ramach podania do wiadomości charakterystycznych cech i zalet dotyczących wybranej oferty – szczegółową porównawczą ocenę tej oferty oraz oferty odrzuconej. Instytucja zamawiająca nie jest również zobowiązana przedstawić oferentowi, którego oferta nie została wybrana, na jego pisemny wniosek, pełnej kopii sprawozdania z oceny (postanowienia: z dnia 20 września 2011 r., Evropaïki Dynamiki/Komisja, C-561/10 P, EU:C:2011:598, pkt 27; z dnia 29 listopada 2011 r., Evropaïki Dynamiki/Komisja, C-235/11 P, EU:C:2011:791, pkt 50, 51; wyrok z dnia 4 października 2012 r., Evropaïki Dynamiki/Komisja, C-629/11 P, EU:C:2012:617, pkt 21–23). Sąd Unii bada jednak, czy metoda stosowana przez instytucję zamawiającą przy technicznej ocenie ofert została opisana w jasny sposób w specyfikacji zamówienia, również w zakresie dotyczącym poszczególnych kryteriów udzielenia zamówienia, ich odpowiedniej wagi przy ocenie, to znaczy przy obliczaniu łącznego wyniku, a także minimalnej i maksymalnej liczby punktów za każde kryterium (zob. podobnie ww. wyrok Evropaïki Dynamiki/Komisja, EU:C:2012:617, pkt 29).

245 Tytułem wstępu należy stwierdzić, że na podstawie orzecznictwa przytoczonego w pkt 244 powyżej instytucja zamawiająca co do zasady nie ma obowiązku zapewnienia przegrywającemu oferentowi dostępu do pełnej wersji oferty wygrywającego dany przetarg ani do pełnej wersji sprawozdania z oceny. Ponadto gdyby w niniejszym przypadku, uwzględniając pisma stron oraz dokumenty załączone do akt sprawy oraz wynik rozprawy, miało się okazać, że Sąd jest wystarczająco poinformowany, aby orzekać w niniejszej sprawie (zob. podobnie wyrok z dnia 16 listopada 2006 r., Peróxidos Orgánicos/Komisja, T-120/04, Zb.Orz., EU:T:2006:350, pkt 80), nie byłoby konieczne rozstrzyganie złożonych przez skarżące wniosków w przedmiocie środków organizacji postępowania lub środków dowodowych, w zakresie których ponadto wyłącznie do Sądu należy ocena ewentualnej konieczności (zob. podobnie wyrok z dnia 24 września 2009 r., Erste Group Bank i in./Komisja, C-125/07 P, C-133/07 P i C-137/07 P, Zb.Orz., EU:C:2009:576, pkt 319; postanowienie z dnia 10 czerwca 2010 r., Thomson Sales Europe/Komisja, C-498/09 P, EU:C:2010:338, pkt 138). W każdym razie należy dodać, że w niniejszym przypadku Sąd w części uwzględnił wnioski skarżących w zakresie, w jakim nakazał EUIPO w postanowieniu w przedmiocie zastosowania środków dowodowych z dnia 27 marca 2015 r. (zob. pkt 26 powyżej) przedstawienie dokumentów zawierających obliczenia i porównawczą ocenę finansowych ofert wybranych oferentów i pierwszej skarżącej, do czego EUIPO się zastosowało.

246 Wreszcie, jeżeli chodzi o powody przedstawione a posteriori przez EUIPO, to znaczy w pismach z dnia 26 sierpnia i 15 września 2011 r., sporządzonych po spornym piśmie, nie zostało zakwestionowane, że pisma te stanowią jako takie uzupełnienie uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 100 ust. 2 akapit pierwszy ogólnego rozporządzenia finansowego, a także art. 149 ust. 3 zasad wykonawczych, które Sąd może uwzględnić.

247 W związku z tym należy ustalić, czy i w jakim zakresie pisma te nie zawierają dostatecznego uzasadnienia, w szczególności z tego względu, że nie pozwoliły one skarżącym na poznanie uzasadnienia przyjętego środka w celu dochodzenia ich praw, a sądowi Unii na dokonanie kontroli materialnej zgodności z prawem tego środka.

248 W tym względzie należy uwzględnić zarówno indywidualną ocenę oferty pierwszej skarżącej, jak i ocenę porównawczą tej oferty z ofertami wybranych oferentów.

249 W pierwszej kolejności, jeśli chodzi o indywidualną ocenę technicznej jakości oferty pierwszej skarżącej, z tabeli ocen zawartej w piśmie z dnia 26 sierpnia 2011 r. (zob. pkt 14 powyżej) wynika, że instytucja zamawiająca ograniczyła się do podania sumy punktów netto przyznanych tej ofercie odrębnie za każde z trzech kryteriów jakościowych, bez wskazania przy tym szczegółowej liczby punktów netto przyznanych poszczególnym podkryteriom i podpunktom wymienionym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zawartym w tejże ofercie, co do których sprawozdanie z oceny zawierało negatywne oceny czy też bez wyjaśnienia, czy i w jakim zakresie te oceny prowadziły instytucję zamawiającą do odjęcia punktów lub części punktów na niekorzyść pierwszej skarżącej. Ponadto ten brak uzasadnienia co do związku między negatywnymi ocenami sformułowanymi w sprawozdaniu z oceny a punktami netto, które zostały przyznane bądź nie z tytułu poszczególnych podkryteriów i podpunktów znajduje swoje odzwierciedlenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Specyfikacja ta nie przewiduje bowiem takiego szczególnego związku, lecz ogranicza się do wskazania w odrębnej tabeli współczynnika ważenia w wysokości 65% dla kryterium jakościowego nr 1 z repartycją wynoszącą 10% odpowiednio dla podkryterium nr 1.1–1.5, 20% dla kryterium jakościowego nr 2 oraz 15% dla kryterium jakościowego nr 3.

250 Jeżeli co do zasady instytucja zamawiająca posiada szeroki zakres swobodnego uznania co do wyboru hierarchii kryteriów udzielenia zamówienia oraz punktów, jakie należy przyznać poszczególnym kryteriom i podkryteriom, i nie jest zobowiązana przekazać odrzuconemu oferentowi dokładnego podsumowania tego, w jaki sposób każdy ze szczegółów jego oferty został uwzględniony przy jej ocenie, to niemniej jednak, w przypadku gdy instytucja zamawiająca dokona takiego wyboru, sąd Unii musi mieć możliwość sprawdzenia, w oparciu o specyfikację istotnych warunków zamówienia

i uzasadnienie decyzji o udzieleniu zamówienia, odpowiedniej wagi poszczególnych technicznych kryteriów i podkryteriów udzielenia zamówienia w ramach oceny, to znaczy przy obliczeniu całkowitego wyniku, a także minimalnej i maksymalnej liczby punktów dla każdego z tych kryteriów i podkryteriów (zob. podobnie ww. w pkt 244 wyrok Evropaïki Dynamiki/Komisja, EU:C:2012:617, pkt 21, 29). Ponadto, jeżeli instytucja zamawiająca przypisuje szczególne znaczenie sposobowi, w jaki dana oferta spełnia bądź nie poszczególne kryteria i podkryteria, które mają w sposób oczywisty znaczenie dla całkowitej oceny tejże oferty, obowiązek uzasadnienia obejmuje bezwzględnie potrzebę wyjaśnienia sposobu, w jaki w szczególności negatywne oceny prowadziły do odjęcia punktów.

251 W przypadku takim jak niniejszy zachowanie tego wymogu jest tym bardziej konieczne, że jak zostało wyjaśnione w pkt 227 i 228 powyżej, ewentualne odjęcie punktów netto za niektóre podkryteria lub podpunkty prowadzi automatycznie, zgodnie z zastosowanym przez instytucję zamawiającą wzorem obliczenia do zwiększenia liczby punktów brutto przyznawanych ofertom wybranych oferentów z tytułu ich jakości technicznej. Innymi słowy, dla pierwszej skarżącej istotne jest poznanie odliczonych punktów dla każdego podkryterium i podpunktu, w odniesieniu do których sprawozdanie z oceny zawiera negatywną ocenę, aby móc wykazać, że z uwagi na wyraźnie błędny charakter rzeczonej oceny odliczenie to – prowadzące do odpowiedniego zwiększenia punktów na rzecz innych oferentów – nie było uzasadnione.

252 W tym względzie należy stwierdzić, że w odpowiedzi na ustne pytanie Sądu na rozprawie EUIPO nie zaprzeczyło, że przyznało punkty w zależności od poszczególnych podkryteriów lub podpunktów, lecz ograniczyło się do stwierdzenia, że pierwsza skarżąca nie miała możliwości zapoznania się z metodą obliczenia i szczegółową repartycją rzeczonych punktów, gdyż wystarczające było przekazanie końcowej ogólnej noty za każde z trzech kryteriów technicznych lub jakościowych. Z łącznej analizy tabeli przedstawionych w pkt 14 i 249, powyżej wynika bowiem, że pierwszej skarżącej odjęto 6,79 punktu netto z tytułu kryterium jakościowego nr 1 (65 - 58,21 = 6,79), 2 punkty netto z tytułu kryterium jakościowego nr 2 (20 - 18 = 2) oraz 3,31 punktu netto z tytułu kryterium jakościowego nr 3 (15 - 11,69 = 3,31), to znaczy uwzględniając odliczenie części dziesiętnych punktów obejmujące dwie cyfry po przecinku. Wynika stąd, że do celów oceny ofert w świetle poszczególnych kryteriów jakościowych komisja przetargowa zastosowała wzór matematyczny lub w każdym razie przyznała części dziesiętne punktu w ramach podkryteriów lub podpunktów. Jednakże zarówno dla skarżących, jak i dla Sądu niemożliwe jest zrozumienie obliczenia lub szczegółowej repartycji punktów odjętych za każde podkryterium czy podpunkt, w szczególności z tytułu kryterium jakościowego nr 1, w odniesieniu do którego sprawozdanie z oceny zawierało szczególne negatywne uwagi względem oferty pierwszej skarżącej. W tej sytuacji nie jest również możliwe sprawdzenie, czy i w jakim zakresie takie odliczenia odpowiadają rzeczywiście rzeczonym ocenom i w rezultacie, czy są one uzasadnione lub co najmniej wystarczająco wiarygodne.

253 Wynika stąd, że nawet jeśli oferta pierwszej skarżącej uzyskała ostatecznie z tytułu jej jakości technicznej maksymalną liczbę 100 punktów brutto, zachowuje ona w świetle zasady skutecznej ochrony sądowej, o której mowa w art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, której ścisły związek z obowiązkiem uzasadnienia został podkreślony w orzecznictwie (zob. podobnie wyrok z dnia 18 lipca 2013 r., Komisja i in./Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P i C-595/10 P, Zb.Orz., EU:C:2013:518, pkt 116–119), interes w poznaniu zakresu, w jakim negatywne oceny przedstawione przez instytucję zamawiającą prowadziły do odjęcia jej punktów netto, którego zakres i uzasadnienie mogły okazać się rozstrzygające w ramach kontroli zgodności z prawem zarówno indywidualnej, jak i porównawczej oceny ofert (zob. pkt 227, 228 powyżej).

254 Należy zatem stwierdzić, że decyzja o odrzuceniu oferty jest niedostatecznie uzasadniona, jeśli chodzi o związek między szczególnymi negatywnymi ocenami przedstawionymi w sprawozdaniu z oceny a odliczeniami punktów netto dokonanymi przez instytucję zamawiającą.

255 Temu brakowi dostatecznego uzasadnienia towarzyszy doraźny brak dostatecznego uzasadnienia stwierdzony w pkt 145 i 148, powyżej w odniesieniu do kryterium nr 1, podkryterium nr 1.1, pkt 1.1.4.5, specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

256 Ponadto w zakresie, w jakim skarżące zarzucają EUIPO brak dostatecznego uzasadnienia w ramach oceny oferty pierwszej skarżącej w świetle kryterium nr 1, podkryteriów nr 1.5 i 1.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zob. pkt 178, 179 powyżej), należy stwierdzić, że zarzut ten potwierdza uwagi przedstawione w pkt 249–253, powyżej, zgodnie z którymi instytucja zamawiająca nie wyjaśniła, w jakim zakresie ocena przedstawiona w sprawozdaniu z oceny, zresztą raczej neutralna w tym zakresie, mogła prowadzić do odliczenia punktów netto na niekorzyść oferty pierwszej skarżącej. Jeżeli bowiem nie można wykluczyć, że nie dokonano żadnego odliczenia, ani skarżące, ani Sąd nie mogą sprawdzić, czy miało to miejsce.

257 W drugiej kolejności, jeżeli chodzi o ocenę porównawczą jakości technicznej oferty pierwszej skarżącej i jakości technicznej ofert wybranych oferentów, należy przypomnieć, że fakt przyznania ofercie skarżącej maksymalnej liczby 100 punktów brutto nie wystarcza sam w sobie do uznania, że instytucja zamawiająca nie była zobowiązana do wyszczególnienia punktów przyznanych rzeczonej ofercie z tytułu poszczególnych podkryteriów i podpunktów udzielenia zamówienia, gdyż zakwestionowanie tej oceny pozwoliłoby skarżącym na zakwestionowanie również liczby punktów brutto przyznanych ofertom wybranych oferentów (zob. pkt 228 powyżej). Tymczasem wniosek ten potwierdza uwagi przedstawione w pkt 249–253 powyżej i nie może być podstawą stwierdzenia odrębnego braku dostatecznego uzasadnienia. W tym względzie należy stwierdzić, że w świetle orzecznictwa, o którym mowa w pkt 244 powyżej, nie jest konieczne, aby instytucja zamawiająca przekazała odrzuconemu oferentowi szczegółową ocenę jakości technicznej ofert wybranych oferentów czy też pełną wersję sprawozdania z oceny.

258 W trzeciej kolejności, jeśli chodzi o porównawczą ocenę ofert finansowych, wystarczy stwierdzić, że skarżące nie zdołały sprecyzować ich zarzutu co do istoty w wyniku przedstawienia przez EUIPO dokumentu zawierającego rzeczoną ocenę porównawczą (zob. pkt 219 powyżej). Wynika stąd, że uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty w tym zakresie nie uniemożliwiło skarżącym zwrócenia się w tej kwestii do Sądu a Sądowi – przeprowadzenia kontroli zgodności z prawem.

259 W świetle ogółu powyższych uwag należy stwierdzić, że decyzja o odrzuceniu oferty odznacza się w szeregu punktów brakiem dostatecznego uzasadnienia w rozumieniu art. 100 ust. 2 ogólnego rozporządzenia finansowego w związku z art. 296 akapit drugi TFUE i należy stwierdzić jej nieważności również z tego względu.

Wnioski w przedmiocie żądań stwierdzenia nieważności zaskarżonych decyzji

260 W świetle ogółu powyższych rozważań z uwagi na naruszenia prawa materialnego i naruszenia formalne stwierdzone w ramach zarzutów od pierwszego do trzeciego należy stwierdzić nieważność decyzji o odrzuceniu oferty w całości.

261 Ponadto, zważywszy na ścisłe związki między zaskarżonymi decyzjami, to znaczy między decyzją o odrzuceniu oferty a innymi powiązanymi z nią decyzjami, w tym decyzją o udzieleniu zamówienia i ustanawiającą klasyfikację wybranych oferentów na pierwszych trzech pozycjach w procedurze kaskadowej (zob. podobnie wyrok z dnia 25 lutego 2003 r., Strabag Benelux/Rada, T-183/00, Rec, EU:T:2003:36, pkt 28), należy stwierdzić nieważność również tych decyzji, zgodnie z żądaniami skarżących (zob. pkt 30 powyżej).

2. *W przedmiocie roszczenia o odszkodowanie* […]

264 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem powstanie pozaumownej odpowiedzialności Unii z tytułu bezprawnego działania jej organów w rozumieniu art. 340 akapit drugi TFUE jest uzależnione od jednoczesnego spełnienia przesłanek, którymi są: bezprawność czynu zarzucanego, rzeczywiste powstanie szkody i istnienie związku przyczynowego pomiędzy zarzucanym zachowaniem a podniesioną szkodą (zob. ww. w pkt 63 wyrok Evropaïki Dynamiki/Komisja, EU:T:2013:528, pkt 215 i przytoczone tam orzecznictwo). Zasady te znajdują mutatis mutandis zastosowanie do odpowiedzialności pozaumownej Unii w rozumieniu tegoż przepisu z uwagi na bezprawne zachowanie lub szkodę wyrządzoną przez jej jednostki organizacyjne (zob. podobnie wyroki: z dnia 2 grudnia 1992 r., SGEEM i Etroy/EBI, C-370/89, Rec, EU:C:1992:482, pkt 15, 16; z dnia 10 kwietnia 2002 r., Lamberts/Rzecznik Praw Obywatelskich, T-209/00, Rec, EU:T:2002:94, pkt 49), takie jak EUIPO, którą to szkodę jest ono zobowiązane naprawić zgodnie z art. 118 ust. 3 rozporządzenia nr 207/2009.

265 W tym zakresie należy przypomnieć, że roszczenie o odszkodowanie jest oparte na tych samych naruszeniach co powołane na poparcie wniosku o stwierdzenie nieważności decyzji o odrzuceniu oferty oraz że decyzja ta jest obarczona licznymi naruszeniami prawa materialnego, w tym naruszeniami zasady równego traktowania oferentów (zob. pkt 77 powyżej) oraz oczywistymi błędami w ocenie (zob. pkt 104, 115, 134, 138, 144, 158, 166, 186, 194, 207 powyżej), a także wieloma brakami w zakresie uzasadnienia (zob. pkt 145, 254–256 powyżej).

266 Jednakże, jeśli chodzi o występowanie związku przyczynowego między wskazanymi naruszeniami prawa materialnego i naruszeniami formalnymi a podnoszoną szkodą, z utrwalonego orzecznictwa wynika, że brak uzasadnienia nie może jako taki prowadzić do powstania odpowiedzialności Unii w szczególności z uwagi na to, że nie można na jego podstawie wykazać, iż w przypadku podania dostatecznego uzasadnienia zamówienie mogło czy też powinno było zostać udzielone stronie skarżącej (zob. podobnie wyroki: z dnia 20 października 2011 r., Alfastar Benelux/Rada, T-57/09, EU:T:2011:609, pkt 49; z dnia 17 października 2012 r., Evropaïki Dynamiki/Trybunał Sprawiedliwości, T-447/10, EU:T:2012:553, pkt 123; z dnia 14 stycznia 2015 r., Veloss International i Attimedia/Parlament, T-667/11, EU:T:2015:5, pkt 72).

267 W związku z tym w niniejszej sprawie nie można stwierdzić zaistnienia związku przyczynowego pomiędzy stwierdzonymi brakami uzasadnienia a poniesioną przez skarżące szkodą.

268 Natomiast, jeżeli chodzi o związek przyczynowy pomiędzy stwierdzonymi naruszeniami prawa materialnego, to znaczy naruszeniem zasad równego traktowania oferentów oraz oczywistymi błędami w ocenie a utratą szansy, EUIPO nie może ograniczać się do stwierdzenia, że z uwagi na przysługujący mu jako instytucji zamawiającej szeroki zakres swobodnego uznania, nie miał on obowiązku podpisania umowy ramowej z pierwszą skarżącą (zob. podobnie ww. w pkt 215 wyrok Evropaïki Dynamiki/EBI, EU:T:2011:494, pkt 211).

269 W niniejszym przypadku należy stwierdzić, że naruszenie zasady równego traktowania oferentów w związku z naruszeniem art. 93 ust. 1 lit. e) ogólnego rozporządzenia finansowego i pkt 13.1 akapit pierwszy lit. e) specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oczywiste błędy w ocenie popełnione przez instytucję zamawiającą w ramach indywidualnej oceny oferty pierwszej skarżącej w sposób nieunikniony wpłynęły na szansę tej skarżącej na zajęcie wyższej pozycji w klasyfikacji w procedurze kaskadowej i na zostanie co najmniej trzecim wybranym oferentem, w szczególności gdyby konsorcjum Drasis miało być wykluczone z postępowania przetargowego z powodów przedstawionych w pkt 64–78 powyżej.

270 Wynika stąd ponadto, że uwzględniając nawet szeroki zakres uznania instytucji zamawiającej w odniesieniu do odnośnego zamówienia, utrata szansy przez pierwszą skarżącą w niniejszym przypadku stanowi rzeczywistą i pewną szkodę w rozumieniu orzecznictwa (zob. podobnie wyrok z dnia 9 listopada 2006 r., Agraz i in./Komisja, C-243/05 P, Zb.Orz., EU:C:2006:708, pkt 26–42; ww.

w pkt 215 wyrok Evropaïki Dynamiki/EBI, EU:T:2011:494, pkt 66, 67; opinia rzecznika generalnego P. Cruza Villalóna w sprawie Giordano/Komisja, C-611/12 P, Zb.Orz., EU:C:2014:195, pkt 61). W niniejszym przypadku fakt bowiem, że pierwsza skarżąca uzyskała wyższy wynik z tytułu jakości technicznej swej oferty i została sklasyfikowana na czwartej pozycji, czyni mało wiarygodną hipotezę, zgodnie z którą instytucja zamawiająca mogła nie udzielić jej odnośnego zamówienia i zaproponować jej podpisanie umowy ramowej z EUIPO.

271 Ponadto, jak słusznie podniosły skarżące, w sytuacji takiej jak w niniejszej sprawie, w której istnieje poważne ryzyko, że po zakończeniu postępowania przed Sądem sporne zamówienie zostanie już w całości wykonane, sam brak uznania przez sąd Unii utraty takiej szansy i konieczności przyznania rekompensaty w tym zakresie byłby sprzeczny z zasadą skutecznej ochrony sądowej ustanowionej w art. 47 karty praw podstawowych. W takiej sytuacji bowiem stwierdzenie nieważności z mocą wsteczną decyzji o udzieleniu zamówienia nie przynosi już żadnej korzyści przegrywającemu oferentowi, tak że utrata szansy jawi się jako niemożliwa do naprawienia. Należy również uwzględnić okoliczność, że z uwagi na warunki regulujące postępowanie w sprawie środków tymczasowych przed prezesem Sądu oferent, po sprzecznych z prawem ocenie i oddaleniu jego oferty, jedynie w rzadkich przypadkach może uzyskać zawieszenie wykonania takiej decyzji [zob. podobnie postanowienia: z dnia 23 kwietnia 2015 r., Komisja/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), Zb.Orz., EU:C:2015:275; z dnia 4 lutego 2014 r., Serco Belgium i in./Komisja, T-644/13 R, Zb.Orz., EU:T:2014:57, pkt 18 i nast.].

272 W rezultacie Sąd uważa, że w niniejszym przypadku konieczne jest zasądzenie na rzecz pierwszej skarżącej odszkodowania z tytułu utraty szansy w zakresie, w jakim decyzja o odrzuceniu oferty, nawet w przypadku stwierdzenia jej nieważności z mocą wsteczną w praktyce ostatecznie zniwelowała możliwość udzielenia jej odnośnego zamówienia w charakterze wykonawcy zgodnie z procedurą kaskadową i w rezultacie jej szanse na wykonanie szczególnych umów w ramach wykonania umowy ramowej.

273 Niemniej jednak, jeżeli chodzi o zakres naprawienia szkody związanej z utratą szansy, oszacowanej przez skarżące na 6 750 000 EUR, Sąd w obecnym stanie postępowania, w świetle dowodów w aktach sprawy, nie jest w stanie ostatecznie wypowiedzieć się co do wysokości odszkodowania, jakie Unia powinna przyznać pierwszej skarżącej. Ponieważ nie można jeszcze rozstrzygnąć kwestii oszacowania szkody, z uwagi na względy ekonomii procesowej właściwe jest orzeczenie w pierwszym etapie w drodze wyroku częściowego odnośnie do odpowiedzialności Unii. Ustalenie kwot odszkodowania wynikającego z naruszeń prawa popełnionych przez EUIPO nastąpi w późniejszym etapie, bądź to w drodze porozumienia pomiędzy stronami, bądź, w razie jego braku, w drodze orzeczenia Sądu (zob. podobnie wyrok z dnia 16 września 2013 r., ATC i in./Komisja, T-333/10, Zb.Orz., EU:T:2013:451, pkt 199 i przytoczone tam orzecznictwo).

274 Niemniej jednak w tym celu w niniejszej sprawie przypomina się, że zarówno strony, jak i Sąd powinny wziąć pod uwagę następujące aspekty:

275 Po pierwsze, należy uwzględnić fakt, że szacunkowa wartość odnośnego zamówienia, wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu i w pkt 16 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wynosi 135 000 000 EUR bez podatku w maksymalnym okresie obowiązywania umowy ramowej wynoszącym siedem lat i w rezultacie wartość uzyskania umowy ramowej w początkowym trzyletnim okresie wynosi co najmniej 57 857 143 EUR.

276 Po drugie, należy ustalić stopień prawdopodobieństwa zwycięstwa oferty pierwszej skarżącej, to znaczy szansę zaklasyfikowania jej co najmniej na trzeciej pozycji w procedurze kaskadowej, w braku poszczególnych naruszeń prawa popełnionych przez EUIPO w postępowaniu przetargowym. W tym względzie należy uwzględnić ewentualny obowiązek instytucji zamawiającej obejmujący wykluczenie konsorcjum Drasis będące trzecim wybranym oferentem. Należy również wziąć pod uwagę fakt, że oferta techniczna pierwszej skarżącej uzyskała najwyższy wynik, lecz jej oferta finansowa została zaklasyfikowana dopiero na czwartym miejscu (zob. tabele przedstawione w pkt 14 powyżej) oraz że

zgodnie ze sposobem obliczania przedstawionym w pkt 13.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyważenie wspomnianych ofert w celu udzielenia spornego zamówienia wynosiło 50–50. W szczególności w ramach nowej oceny jakości technicznej oferty pierwszej skarżącej w braku stwierdzonych oczywistych błędów w ocenie należałoby uwzględnić fakt, że zgodnie z zastosowanym przez instytucję zamawiającą wzorem obliczeń ewentualne zwiększenie liczby punktów na rzecz tejże oferty, której ocena stanowi wartość referencyjną, prowadziłoby koniecznie do proporcjonalnego obniżenia liczby punktów brutto przyznanych wybranym oferentom, co mogłoby wpłynąć na ich klasyfikację w procedurze kaskadowej oraz na ocenę porównawczą, na podstawie tak obliczonych wartości brutto wszystkich ofert w celu wskazania oferty najkorzystniejszej ekonomicznie zgodnie z tabelą przedstawioną w pkt 14 powyżej (zob. pkt 228 powyżej).

277 Po trzecie, należy uwzględnić fakt, że umowa ramowa jest zawierana i podpisywana wyłącznie na początkowy okres trzech lat i nie ma żadnej pewności, że zostanie przedłużona przez EUIPO na cztery kolejne lata (zob. pkt 14.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia), że pierwszy wykonawca nie posiada wyłącznego prawa na świadczenie usług objętych umową ramową, a EUIPO nie jest zobowiązane do zakupu, lecz wyłącznie zobowiązuje się prawnie poprzez zawarcie szczególnych umów i sporządzanie formularzy zamówień (zob. pkt 14.4 i 14.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz pkt 1.1.3–1.1.5 wzoru umowy ramowej). W tym kontekście należy również zbadać prawdopodobieństwo, że pierwsza skarżąca mogłaby spełnić wymogi związane z poszczególnymi formularzami zamówień sporządzonymi przez instytucję zamawiającą zarówno w okresie pierwszych trzech lat wykonania umowy ramowej, jak i w kolejnych latach w przypadku jej przedłużenia (zob. pkt 1.4.1–1.4.4 modelu umowy ramowej). Z powyższego wynika konieczność dostosowania stopnia prawdopodobieństwa wygrania przetargu, uwzględniając brak pewności przedłużenia umowy ramowej i ewentualną niezdolność wykonania przez wspomnianego wykonawcę owych zleceń.

278 Po czwarte, należy określić szkodę, za którą przysługuje odszkodowanie z uwzględnieniem zysku netto, jaki mógł zostać osiągnięty przez pierwszą skarżącą w trakcie wykonywania umowy ramowej. W tym zakresie należy przypomnieć, że skarżące zwróciły uwagę na to, iż w 2006 r. w ramach projektów handlowych pierwsza skarżąca osiągnęła średni zysk brutto w wysokości 10,33%.

279 Po piąte, należy odliczyć zyski osiągnięte w inny sposób przez pierwszą skarżącą w wyniku braku przyznania jej spornego zamówienia, aby uniknąć wypłaty nadmiernego odszkodowania.

280 Po szóste, w celu ustalenia łącznej kwoty odszkodowania z tytułu utraty szansy należy pomnożyć ustalony zysk netto przez stopień prawdopodobieństwa zwycięstwa.

281 W świetle ogółu powyższych rozważań należy uwzględnić roszczenie o odszkodowanie skarżących w zakresie, w jakim dotyczy ono odszkodowania za utratę szansy.

282 Jeżeli chodzi o kwotę odszkodowania z tytułu utraty szansy, należy wezwać strony, z zastrzeżeniem późniejszej decyzji Sądu, do uzgodnienia tej kwoty w świetle powyższych rozważań i do przedstawienia Sądowi, w terminie trzech miesięcy liczonych od daty wydania niniejszego wyroku, kwoty odszkodowania ustalonej w ugodzie, a w jej braku – do przedstawienia mu w tym samym terminie wniosków dotyczących proponowanych kwot (zob. podobnie ww. w pkt 273 wyrok ATC i in./Komisja, EU:T:2013:451, pkt 201).

W przedmiocie kosztów […]

Z powyższych względów

SĄD (czwarta izba)

orzeka, co następuje:

1) Stwierdza się nieważność decyzji Urzędu Unii Europejskiej ds. Własności Intelektualnej (EUIPO), doręczonej pismem z dnia 11 sierpnia 2011 r., przyjętej w ramach postępowania przetargowego AO/029/10, zatytułowanego „Usługi tworzenia i utrzymania oprogramowania", na mocy której odrzucona została oferta złożona przez European Dynamics Luxembourg SA oraz innych powiązanych decyzji EUIPO, przyjętych w ramach tego postępowania, w tym decyzji o udzieleniu zamówienia trzem innym oferentom, sklasyfikowanym jako wybrani oferenci na trzech pierwszych miejscach w procedurze kaskadowej.

2) EUIPO jest zobowiązane do naprawienia szkody poniesionej przez European Dynamics Luxembourg z tytułu utraty szansy zawarcia z nią umowy ramowej w charakterze co najmniej trzeciego wykonawcy w procedurze kaskadowej.

3) Strony przedstawią Sądowi w terminie trzech miesięcy od dnia ogłoszenia wyroku wysokość kwoty odszkodowania ustaloną w ugodzie.

4) W braku ugody strony przedłożą Sądowi w tym samym terminie żądania dotyczące proponowanych kwot.

5) Rozstrzygnięcie o kosztach nastąpi w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie.

Prek Labucka Kreuschitz

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 27 kwietnia 2016 r.

Podpisy