Zbiór Orzeczeń

WYROK SĄDU (szósta izba)

z dnia 28 stycznia 2016 r.*

Zamówienia publiczne na usługi — Postępowanie przetargowe — Techniczna pomoc operacyjna w celu opracowania i obsługi instrumentu sieciowego w celu wdrożenia europejskiego partnerstwa innowacyjnego na rzecz wydajnego i zrównoważonego rolnictwa — Odrzucenie oferty jednego z oferentów — Udzielenie zamówienia innemu oferentowi — Oferta rażąco niska — Odpowiedzialność pozaumowna

W sprawie T-570/13

Agriconsulting Europe SA, z siedzibą w Brukseli (Belgia), reprezentowana przez adwokata R. Sciaudonego,

strona skarżąca,

przeciwko

Komisji Europejskiej, reprezentowanej przez L. Cappellettiego i L. Di Paolo, działających w charakterze pełnomocników,

strona pozwana,

mającej za przedmiot wniosek o naprawienie szkody poniesionej z racji popełnienia przez Komisję nieprawidłowości w przetargu „Opracowanie instrumentu sieciowego w celu wdrożenia europejskiego partnerstwa innowacyjnego na rzecz wydajnego i zrównoważonego rolnictwa" (AGRI-2012-PEI-01),

SĄD (szósta izba),

w składzie: S. Frimodt Nielsen, prezes, F. Dehousse (sprawozdawca) i A.M. Collins, sędziowie,

sekretarz: L. Grzegorczyk, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 7 lipca 2015 r.,

wydaje następujący

* Język postępowania: włoski.

Wyrok

Okoliczności powstania sporu

1 Ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w suplemencie do *Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej* z dnia 7 sierpnia 2012 r. (Dz.U. 2012/S 61-150-249926) Komisja Europejska wszczęła procedurę przetargową o sygnaturze AGRI-2012-PEI-01, mającą na celu opracowanie instrumentu sieciowego w celu wdrożenia europejskiego partnerstwa innowacyjnego na rzecz wydajnego i zrównoważonego rolnictwa (zwaną dalej „przetargiem").

2 Zgodnie z pkt 1 specyfikacji warunków zamówienia zadanie wykonawcy polegało na przyczynianiu się do opracowania i obsługi sieci partnerskiej, w której skład wchodzą i do której mają dostęp podmioty zajmujące się innowacją i innowacyjnym podejściem w sektorze rolnictwa, takie jak rolnicy, badacze, konsultanci, przedsiębiorcy, organizacje pozarządowe, konsumenci i organy publiczne. Wykonawca miał być odpowiedzialny za opracowanie i zapewnienie działania mechanizmu sieciowego, którego jeden element stanowił personel skierowany przez wykonawcę do realizacji zadań wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu, a drugi – fizyczna lokalizacja, w której ten personel miał pracować i świadczyć usługi (zwana dalej „punktem informacyjnym").

3 Zadania wykonawcy określono w pkt 2 specyfikacji warunków zamówienia. Podzielono je na dziewięć zadań głównych: po pierwsze, zarządzanie personelem przydzielonym do zadań i prowadzenie punktu informacyjnego, po drugie, animowanie sieci partnerstwa, po trzecie, działania włączenia do sieci i rozwoju narzędzi komunikacji, po czwarte, aktualizacja i konserwacja pełnej bazy danych, po piąte, prowadzenie listy zewnętrznych ekspertów, po szóste, realizacja działań dotyczących koordynacji i wymiany informacji, po siódme, zebranie listy potrzeb w zakresie badań od podmiotów w terenie, po ósme, opracowanie rocznego programu prac, i po dziewiąte, archiwizacja, prowadzenie repertorium i ochrona dokumentów i informacji. Specyfikacja warunków zamówienia określała najmniejszy stan zatrudnienia niezbędny do realizacji głównych zadań i w tym celu stanowiła, że personel przydzielony do tych zadań powinien składać się z co najmniej dziesięciu „równowartości pełnego wymiaru czasu pracy", w tym przynajmniej sześciu na stałe.

4 Ponadto specyfikacja warunków zamówienia zawierała 27 dodatkowych zadań, których realizacja powinna nastąpić na coroczny wniosek Komisji, w wymiarze co najmniej od trzech do maksymalnie dziesięciu dodatkowych zadań, przy czym co najmniej o dodatkowe zadania nr 24, 26 i 27 miano wnioskować w pierwszym roku. Dodatkowe zadania obejmowały organizację grup refleksji, czyli grup ekspertów prowadzących analizy i dyskusje na temat kwestii konkretnie dotyczących europejskiego planu innowacji (dodatkowe zadania nr 1–6), organizację dodatkowych warsztatów (dodatkowe zadania nr 7–9), organizację dni „w terenie" (dodatkowe zadania nr 10–13), organizację dodatkowych seminariów (dodatkowe zadania nr 14–17), ocenę pracy grup roboczych (dodatkowe zadania nr 18–20), organizację konferencji (dodatkowe zadanie nr 21), organizację podróży i zakwaterowania uczestników grup refleksji, warsztatów i seminariów (dodatkowe zadanie nr 22), delegacje w państwach członkowskich (dodatkowe zadanie nr 23), stworzenie listy ekspertów (dodatkowe zadanie nr 24), zamknięcie punktu informacyjnego (dodatkowe zadanie nr 25), utworzenie punktu informacyjnego (dodatkowe zadanie nr 26) oraz zebranie informacji na temat wszystkich istotnych projektów w celu stworzenia banku danych (dodatkowe zadanie nr 27).

5 Zgodnie z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia wykonawca powinien również przewidzieć wystarczająco dużo personelu, by oprócz zadań głównych przydzielony do realizacji zadań personel mógł wykonywać czynności określone dla dodatkowych zadań nr 24 i 27, których realizacja przewidziana była w pierwszym roku obowiązywania umowy.

6 Na mocy pkt 6 specyfikacji warunków zamówienia umowa miała być zawarta na okres dziesięciu miesięcy z możliwością przedłużenia do maksymalnie dwunastu miesięcy. Przewidziano w niej całkowity maksymalny budżet wynoszący 2 500 000 EUR rocznie, łącznie na realizację zadań głównych i dodatkowych, przy czym maksymalny budżet roczny na zadania główne wynosił 1 400 000 EUR, a na zadania dodatkowe 1 500 000 EUR.

7 Zgodnie z pkt 7.5 specyfikacji warunków zamówienia postępowanie przetargowe składało się, po pierwsze, z etapu badania ofert na podstawie kryteriów wykluczenia, a potem z badania ofert na postawie kryteriów wyboru, po drugie, z etapu oceny ofert w oparciu o kryteria udzielenia zamówienia (ocena jakościowa i pod względem ceny), oraz po trzecie, z etapu udzielenia zamówienia na podstawie kryterium oferty ekonomicznie najkorzystniejszej. Stosowane przez Komisję kryteria wykluczenia, wyboru i udzielenia zamówienia wskazano w pkt 9 specyfikacji warunków zamówienia.

8 Komisja otrzymała pięć ofert, w tym ofertę skarżących. Wszyscy oferenci przeszli pierwszy etap procedury przetargowej, polegający na ocenie ofert w oparciu o kryteria wykluczenia i wyboru, po czym doszli do etapu drugiego, polegającego na ocenie ofert według następujących czterech kryteriów udzielenia zamówienia:

— kryterium udzielenia zamówienia nr 1: aspekt związku między nauką a praktyką;

— kryterium udzielenia zamówienia nr 2: aspekt dotyczący realizacji zadań głównych i dodatkowych;

— kryterium udzielenia zamówienia nr 3: praktyczna organizacja zadań;

— kryterium udzielenia zamówienia nr 4: propozycje dotyczące utworzenia punktu informacyjnego w Brukseli (Belgia).

9 W ramach drugiego etapu postępowania tylko dwóch oferentów, czyli skarżąca i Vlaamse Landmaatschappij (zwana dalej „VLM-em”), uzyskało minimalną liczbę punktów wymaganą w specyfikacji warunków zamówienia w odniesieniu do kryteriów udzielenia zamówienia. Obaj ci oferenci osiągnęli więc etap oceny oferowanych przez siebie cen, wynoszących 1 320 112,63 EUR w przypadku skarżącej i 2 316 124,83 EUR w przypadku VLM-u.

10 Z protokołu z zebrania komisji przetargowej w dniu 20 listopada 2012 r. wynika, że skarżąca została sklasyfikowana na pierwszym miejscu i że komisja przetargowa, której wątpliwości budziło to, czy oferta skarżącej nie jest rażąco niska, uznała, iż należy zwrócić się o informacje na temat cen dodatkowych zadań.

11 Pismem z dnia 22 listopada 2012 r. Komisja poinformowała skarżącą, że komisja przetargowa uznała, iż podane ceny dodatkowych zadań są rażąco niskie. Zażądała od skarżącej szczegółowych wyjaśnień na temat wyceny przedstawionej dla zadań nr 1–21 oraz 25, informując, że jej oferta może zostać odrzucona, w razie gdy nie będą one przekonujące.

12 Pismem z dnia 29 listopada 2012 r. skarżąca udzieliła odpowiedzi na wezwanie Komisji do udzielenia informacji, podając ogólne wyjaśnienia oraz wykaz kosztów przyjętych przy opracowywaniu oferowanych cen dodatkowych zadań.

13 Z końcowego protokołu z oceny oferty skarżącej z dnia 19 grudnia 2012 r. wynika, że komisja przetargowa przeanalizowała jej wyjaśnienia i stwierdziła w szczególności pokrywające się ze sobą przydziały personelu do głównych i dodatkowych zadań, co nie było zgodne z wymogami specyfikacji warunków zamówienia. Komisja przetargowa zmieniła więc punktację przyznaną ofercie skarżącej za kryterium udzielenia zamówienia nr 3 z 11,8 na 7 pkt, podczas gdy minimalna wymagana ocena wynosiła 7,5 na 15 pkt. Komisja przetargowa zakończyła więc swą ocenę, po pierwsze, potwierdzeniem swej opinii na temat rażąco niskiego charakteru oferty skarżącej, a po drugie, stwierdzeniem, że na

podstawie nowych przekazanych przez skarżącą informacji jej oferta już nie osiąga minimalnej oceny wymaganej w specyfikacji warunków zamówienia dla kryterium udzielenia zamówienia nr 3. Komisja przetargowa zaleciła więc, by udzielić zamówienia VLM-owi.

14 Pismem z dnia 25 marca 2013 r. Komisja powiadomiła skarżącą, że jej oferta nie została wybrana ze względu na to, iż nie osiągnęła minimalnej oceny wymaganej za kryterium udzielenia zamówienia nr 3 i została uznana za rażąco niską w zakresie cen oferowanych za wykonanie niektórych dodatkowych zadań. W tym samym dniu Komisja postanowiła udzielić zamówienia VLM-owi.

15 W piśmie z dnia 26 marca 2013 r. skarżąca zapytała o nazwę wykonawcy oraz cechy i zalety jego oferty. Komisja przekazała jej te informacje pismem z dnia 27 marca 2013.

16 Pismem z dnia 29 marca 2013 r. skarżąca wystąpiła do Komisji o udzielenie dalszych informacji na temat oceny jej oferty. Komisja odpowiedziała na nie pismem z dnia 10 kwietnia 2013 r.

17 Pismem z dnia 12 kwietnia 2013 r. skarżąca zarzuciła instytucji zamawiającej brak przekazania niezbędnych wyjaśnień dotyczących oceny kryteriów pierwszego i drugiego, zmianę oceny technicznej po otwarciu oferty finansowej, nieprawidłową ocenę zaangażowania szefa zespołu i jego zastępcy w dodatkowe zadania i błędne wnioski na temat oferty VLM-u.

18 W wiadomości elektronicznej wysłanej do Komisji tego samego dnia skarżąca wystąpiła o udostępnienie protokołów komisji przetargowej oraz oferty wybranego wykonawcy, powołując się na art. 6 rozporządzenia (WE) nr 1049/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 maja 2001 r. w sprawie publicznego dostępu do dokumentów Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji (Dz.U. L 145, s. 43).

19 W pierwszym piśmie z dnia 29 kwietnia 2013 r. Komisja poinformowała skarżącą, że protokół komisji przetargowej zostanie jej wkrótce przesłany. W drugim piśmie z tego samego dnia Komisja odpowiedziała na wniosek o dostęp skarżącej dostarczeniem częściowego odpisu protokołu z oceny z dnia 20 listopada 2012 r., protokołu z końcowej oceny jej oferty z dnia 19 grudnia 2012 r. oraz ogólnego protokołu z oceny z dnia 6 lutego 2013 r. Komisja odmówiła natomiast przekazania oferty wykonawcy, powołując się na ochronę interesów handlowych zainteresowanego przedsiębiorstwa, w oparciu o art. 4 ust. 2 tiret pierwsze rozporządzenia nr 1049/2001.

20 Mailem z dnia 13 maja 2013 r. skarżąca złożyła wniosek potwierdzający zgodnie z art. 7 rozporządzenia nr 1049/2001. W wiadomości elektronicznej z dnia 14 maja 2013 r. Komisja potwierdziła jego otrzymanie, zapowiadając, że udzieli odpowiedzi w terminie 15 dni roboczych.

21 W innym piśmie z dnia 13 maja 2013 r. skarżąca zakwestionowała stanowisko Komisji wyrażone w jej drugim piśmie z dnia 29 kwietnia 2013 r., które uznała za niewystarczające. Pismem z dnia 31 maja 2013 r. Komisja odpowiedziała, że skarżąca ma wszystkie dokumenty dotyczące przetargu, które posłużyły za podstawę decyzji o udzieleniu zamówienia, nawiązując przy tym również do swego pisma z dnia 29 kwietnia 2013 r.

22 W kwestii wniosku potwierdzającego Komisja w piśmie z dnia 4 czerwca 2013 r. wskazała skarżącej, że termin odpowiedzi został przesunięty do dnia 26 czerwca 2013 r. W dniu 26 czerwca 2013 r. Komisja powiadomiła skarżącą, że nie jest w stanie udzielić odpowiedzi na wniosek potwierdzający w powyższym terminie. Mailem z dnia 4 lipca 2013 r. skarżąca zażądała odpowiedzi na swój wniosek potwierdzający, na który to mail Komisja odpowiedziała w dniu 9 lipca 2013 r., informując przedsiębiorstwo, że odpowiedź zostanie przekazana za kilka dni. Pismem z dnia 17 lipca 2013 r. Komisja odpowiedziała na wniosek potwierdzający skarżącej, podtrzymując swą wcześniejszą decyzję o utajnieniu niektórych informacji zawartych w protokole oceny i o nieudostępnianiu oferty wykonawcy, na podstawie art. 4 ust. 1 lit. b) i art. 4 ust. 2 tiret pierwsze rozporządzenia nr 1049/2001.

Postępowanie i żądania stron

23 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 25 października 2013 r. skarżąca wniosła skargę w niniejszej sprawie.

24 W drodze decyzji prezesa Sądu z dnia 18 listopada 2013 r. niniejsza sprawa została przydzielona szóstej izbie, a decyzją z dnia 8 stycznia 2015 r. została ponownie przydzielona innemu sędziemu sprawozdawcy.

25 Na podstawie sprawozdania sędziego sprawozdawcy Sąd (szósta izba) podjął decyzję o otwarciu procedury ustnej i w ramach środków organizacji postępowania przewidzianych w art. 64 regulaminu postępowania przed Sądem wezwał skarżącą do przedstawienia jednego dokumentu. Skarżąca spełniła to żądanie w wyznaczonym terminie.

26 W toku rozprawy w dniu 7 lipca 2015 r. wysłuchano wystąpień stron i ich odpowiedzi na pytania Sądu.

27 W swej skardze skarżąca wnosi do Sądu o:

— nakazanie przekazania oferty wybranego wykonawcy;

— zasądzenie od Komisji wypłaty odszkodowania za szkodę doznaną z racji utraty spornego zamówienia, utraty szansy na zawarcie umowy o wykonanie tego zamówienia oraz poniesienia kosztów udziału w przetargu, a także zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, powiększonych w celu uwzględnienia dewaluacji pieniądza i odsetek wyrównawczych;

— objęcie niektórych załączników poufnością;

— obciążenie Komisji kosztami postępowania.

28 Komisja wnosi do Sądu o:

— oddalenie żądania naprawienia szkody i krzywdy jako pozbawionego podstawy prawnej;

— oddalenie wniosku o zastosowanie środków dowodowych jako pozbawionego podstawy prawnej;

— obciążenie skarżącej kosztami postępowania.

Co do prawa

W przedmiocie wniosku o odszkodowanie i zadośćuczynienie

29 W niniejszej skardze skarżąca podnosi liczne bezprawne zachowania w zakresie postępowania przetargowego, które obarczają błędem decyzję o odrzuceniu jej oferty, oraz wnosi o zasądzenie od Komisji zapłaty odszkodowania na podstawie art. 268 TFUE i 340 TFUE za szkody poniesione z racji utraty spornego zamówienia, utraty szansy zawarcia umowy o wykonanie tego zamówienia i poniesienia kosztów udziału w przetargu oraz zadośćuczynienia za krzywdę.

30 Konkretnie skarżąca podnosi osiem przypadków naruszenia, które jej zdaniem są wystarczająco istotne, i utrzymuje, że jej oferta została odrzucona niezgodnie z prawem. Podnosi, po pierwsze, błędną ocenę oferty i naruszenie zasady równego traktowania w odniesieniu do kryterium udzielenia zamówienia nr 1, po drugie, błędne zastosowanie i ocenę jej oferty w odniesieniu do kryterium udzielenia zamówienia nr 2, po trzecie, naruszenie norm procedury przetargowej w odniesieniu do kryterium

udzielenia zamówienia nr 3, po czwarte, naruszenie zasady proporcjonalności w odniesieniu do kryterium udzielenia zamówienia nr 3, po piąte, naruszenie zasady rozdziału etapów postępowania, po szóste, błędną ocenę oferty w zakresie kryterium udzielenia zamówienia nr 3, po siódme, błędną interpretację i błędne zastosowanie pojęcia oferty rażąco niskiej, i po ósme, naruszenie zasady równego traktowania przy stosowaniu pojęcia oferty rażąco niskiej.

31 Należy przypomnieć, że na mocy art. 340 akapit drugi TFUE w dziedzinie odpowiedzialności pozaumownej Unia Europejska powinna naprawić, zgodnie z zasadami ogólnymi wspólnymi dla praw państw członkowskich, szkody wyrządzone przez jej instytucje lub jej pracowników przy wykonywaniu ich funkcji.

32 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem powstanie pozaumownej odpowiedzialności Unii, w rozumieniu przytoczonego wyżej postanowienia, z tytułu bezprawnego działania jej organów uzależnione jest od jednoczesnego spełnienia trzech przesłanek, którymi są: bezprawność zachowania zarzucanego instytucji, rzeczywiste powstanie szkody i istnienie związku przyczynowego pomiędzy zarzucanym zachowaniem a podniesioną szkodą (wyroki: z dnia 29 września 1982 r., Oleifici Mediterranei/EWG, 26/81, Rec, EU:C:1982:318, pkt 16; z dnia 9 września 2008 r., FIAMM i in./Rada i Komisja, C-120/06 P i C-121/06 P, Zb.Orz., EU:C:2008:476, pkt 106, 164–166; z dnia 9 września 2010 r., Evropaïki Dynamiki/Komisja, T-300/07, Zb.Orz., EU:T:2010:372, pkt 137; z dnia 16 października 2014 r., Evropaïki Dynamiki/Komisja, T-297/12, EU:T:2014:888, pkt 28). Ponadto, jeśli chodzi o przesłankę dotyczącą bezprawnego zachowania, orzecznictwo wymaga wykazania istnienia wystarczająco istotnego naruszenia normy prawnej, która ma na celu przyznanie jednostkom określonych uprawnień. Decydującym kryterium dla uznania naruszenia za wystarczająco istotne jest stwierdzenie oczywistego i poważnego naruszenia przez daną instytucję lub dany organ Unii obowiązujących ich granic uznania (zob. podobnie wyroki: z dnia 4 lipca 2000 r., Bergaderm i Goupil/Komisja, C-352/98 P, Rec, EU:C:2000:361, pkt 42–44; z dnia 10 grudnia 2002 r., Komisja/Camar i Tico, C-312/00 P, Rec, EU:C:2002:736, pkt 54; z dnia 17 marca 2005 r., AFCon Management Consultants i in./Komisja, T-160/03, Zb.Orz., EU:T:2005:107, pkt 93; ww. wyrok Evropaïki Dynamiki/Komisja, EU:T:2014:888, pkt 29).

33 Jeśli jedna z trzech przesłanek powstania odpowiedzialności pozaumownej Unii nie jest spełniona, roszczenia odszkodowawcze należy oddalić bez konieczności badania, czy spełnione są dwie pozostałe przesłanki (zob. podobnie wyrok z dnia 15 września 1994 r., KYDEP/Rada i Komisja, C-146/91, EU:C:1994:329, pkt 81; ww. w pkt 32 wyrok Evropaïki Dynamiki/Komisja, EU:T:2014:888, pkt 33).

34 Ponadto zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Komisji przysługuje znaczny zakres uznania co do czynników, które należy uwzględnić dla podjęcia decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego w drodze przetargu (wyroki: z dnia 17 grudnia 1998 r., Embassy Limousines & Services/Parlament, T-203/96, Rec, EU:T:1998:302, pkt 56; z dnia 20 września 2011 r., Evropaïki Dynamiki/EBI, T-461/08, Zb.Orz., EU:T:2011:494, pkt 137). Komisja dysponuje również szerokimi uprawnieniami dyskrecjonalnymi do decydowania zarówno o treści, jak i o stosowaniu reguł obowiązujących w zakresie udzielania zamówień na swój własny rachunek w trybie przetargu (zob. podobnie wyrok z dnia 14 lutego 2006 r., TEA-CEGOS i in./Komisja, T-376/05 i T-383/05, Zb.Orz., EU:T:2006:47, pkt 50, 51; ww. wyrok Evropaïki Dynamiki/EBI, EU:T:2011:494, pkt 137; wyrok z dnia 25 października 2012 r., Astrim i Elyo Italia/Komisja, T-216/09, EU:T:2012:574, pkt 17).

35 Wniosek skarżącej o przyznanie jej odszkodowania za szkody i zadośćuczynienia za krzywdy doznane z racji niezgodnego z prawem odrzucenia jej oferty należy badać właśnie w świetle tych rozważań. Jej żądanie oparte jest na bezprawności działań dotyczących, po pierwsze, kryteriów udzielenia zamówień nr 1 i 2, po drugie, stosowania pojęcia „rażąco niskiej oferty”, a po trzecie, kryterium udzielenia zamówienia nr 3.

W przedmiocie żądania odszkodowawczego związanego z dwoma pierwszymi podnoszonymi przypadkami bezprawnego działania, dotyczącymi kryteriów udzielenia zamówień nr 1 i 2

36 Skarżąca utrzymuje w odniesieniu do kryterium udzielenia zamówienia nr 1, że komisja przetargowa nie zbadała uważnie jej oferty i że powody odrzucenia tej oferty są błędne, że naruszona została zasada równego traktowania, a w replice – że brak jest uzasadnienia odrzucenia jej oferty lub że jest ono niewystarczające w zakresie strategii komunikacji. W odniesieniu do kryterium udzielenia zamówienia nr 2, dotyczącego realizacji głównych i dodatkowych zadań, wskazuje ona w istocie, że ocena komisji przetargowej jest błędna, oraz podnosi w replice naruszenie swoich praw oraz brak lub niedostatek uzasadnienia przyjętego dla kryterium udzielenia zamówienia nr 2.

37 Komisja kwestionuje tę argumentację, nie podnosi jednak jej niedopuszczalności, co przyznała na rozprawie.

38 W przedmiocie zarzucanych bezprawnych działań dotyczących kryteriów udzielenia zamówienia nr 1 i 2 należy w niniejszym przypadku zbadać, czy przesłanki dotyczące podnoszonych szkód oraz związku przyczynowego między tymi szkodami a zarzucanymi bezprawnymi zachowaniami są spełnione.

39 Co do przesłanki rzeczywistego charakteru szkody, odpowiedzialność Unii może powstać, jedynie gdy skarżący faktycznie dozna „rzeczywistej i pewnej" szkody, co sam powinien wykazać (zob. wyrok z dnia 14 października 2014 r., Giordano/Komisja, C-611/12 P, Zb.Orz., EU:C:2014:2282, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo; ww. w pkt 32 wyrok Evropaïki Dynamiki/Komisja, EU:T:2014:888, pkt 30 i przytoczone tam orzecznictwo).

40 Co do przesłanki dotyczącej związku przyczynowego między zarzucanym zachowaniem a podnoszoną szkodą, z utrwalonego orzecznictwa wynika, że szkoda musi wynikać w sposób wystarczająco bezpośredni z zarzucanego zachowania, a zachowanie to musi stanowić decydujący powód powstania szkody, co powinna wykazać skarżąca (zob. wyrok z dnia 30 stycznia 1992 r., Finsider i in./Komisja, C-363/88 i C-364/88, Rec, EU:C:1992:44, pkt 25 i przytoczone tam orzecznictwo; ww. w pkt 43 wyrok Evropaïki Dynamiki/EBI, EU:T:2011:494, pkt 209 i przytoczone tam orzecznictwo).

41 W niniejszym przypadku, jeśli chodzi o zarzucane bezprawne działania w zakresie kryteriów udzielenia zamówień nr 1 i 2, skarżąca wyjaśniła, że podnosi ona szkodę związaną z utratą szansy na zawarcie umowy o wykonanie spornego zamówienia oraz szkodę związaną z kosztami poniesionymi w celu wzięcia udziału w przetargu.

42 Skarżąca podnosi, że przesłanka związku przyczynowego jest spełniona, gdyż jej oferta została sklasyfikowana na pierwszym miejscu i że to jej powinno zostać przyznane zamówienie, gdyby nie miały miejsca wskazane bezprawne działania.

43 Należy jednak stwierdzić, że odrzucenie oferty skarżącej oparte jest wyłącznie na ocenie kryterium udzielenia zamówienia nr 3 oraz rażąco niskim charakterze jej oferty. Oferta skarżącej została bowiem sklasyfikowana na pierwszym miejscu po przeprowadzeniu ocen oferty z ekonomicznego punktu widzenia. Tymczasem owo sklasyfikowanie na pierwszym miejscu uległo zmianie z dwóch powodów, mianowicie z powodu zmiany oceny oferty w świetle kryterium udzielenia zamówienia nr 3, które uznano za niewystarczająco spełnione, oraz sklasyfikowania oferty jako rażąco niskiej. Skarżąca wspomina zresztą w skardze, że rozpatrywane szkody są bezpośrednim wynikiem decyzji komisji przetargowej o obniżeniu oceny dotyczącej kryterium udzielenia zamówienia nr 3 i o uznaniu oferty za rażąco niską.

44 Ponadto, jak podkreśla Komisja, skarżąca nigdy nie wyjaśniła, w jaki sposób przyznanie wyższej oceny w zakresie kryteriów udzielenia zamówień nr 1 i 2 mogłoby korzystnie wpłynąć na jej szanse uzyskania zamówienia.

45 Tak więc skarżąca niesłusznie twierdzi, że w braku naruszeń i błędów dotyczących kryteriów udzielenia zamówień nr 1 i 2 uzyskałaby te zamówienia. Gdyby nawet bowiem w odniesieniu do tych kryteriów udzielenia zamówienia ocena była wyższa, okoliczność ta nie miałaby wpływu na ocenę jej oferty pod kątem kryterium udzielenia zamówienia nr 3 i jej rażąco niskiego charakteru.

46 Wynika z tego, że nawet gdyby zarzucane bezprawne działania dotyczące kryteriów udzielenia zamówień nr 1 i 2 zostały wykazane, nie mają one bezpośredniego związku przyczynowego z podnoszonymi szkodami związanymi z utratą szansy na zawarcie umowy o wykonanie zamówienia i poniesieniem kosztów udziału w przetargu.

47 Z powyższego wynika, że żądanie odszkodowawcze należy oddalić w zakresie, w jakim jest ono oparte na bezprawnych działaniach dotyczących kryteriów udzielenia zamówień nr 1 i 2.

W przedmiocie żądania odszkodowawczego związanego z zarzucanymi bezprawnymi zachowaniami dotyczącymi pojęcia „rażąco niskiej oferty”

48 Po pierwsze, skarżąca utrzymuje, że wykładnia i stosowanie pojęcia „rażąco niskiej oferty” są w niniejszym przypadku błędne. Po drugie, podnosi arbitralny i nieracjonalny charakter parametrów użytych w celu zastosowania pojęcia „rażąco niskiej oferty”, a także naruszenie zasady kontradyktoryjności oraz zasady równego traktowania przy stosowaniu tego pojęcia.

49 Komisja nie zgadza się z tą argumentacją.

– W przedmiocie jakoby błędnych wykładni i stosowania pojęcia „rażąco niskiej oferty”

50 Skarżąca kwestionuje podejście komisji przetargowej przyjęte przy kwalifikacji jej oferty jako rażąco niskiej. Jej zdaniem analiza ta oparta jest wyłącznie na ocenie kosztu dodatkowych zadań, a nie na jej ofercie jako całości. Skarżąca podnosi tym samym, że komisja przetargowa nie przeanalizowała wpływu tego odosobnionego aspektu dotyczącego dodatkowych zadań na całość oferty, co jest jej zdaniem niezgodne z mającymi w tej dziedzinie zastosowanie zasadami.

51 Należy przypomnieć, że zgodnie z brzmieniem art. 97 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), ze zmianami (zwanego dalej „rozporządzeniem finansowym”), który w tym przypadku znajdował zastosowanie do postępowania przetargowego, zamówienia można udzielić poprzez automatyczną procedurę udzielania zamówień lub przez procedurę przyjęcia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. W niniejszym przypadku specyfikacja warunków zamówienia stanowiła, że zamówienie zostanie udzielone na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

52 Ponadto art. 139 rozporządzenia Komisji (WE, Euratom) nr 2342/2002 z dnia 23 grudnia 2002 r. ustanawiającego szczegółowe zasady wykonania rozporządzenia finansowego (Dz.U. L 357, s. 1), ze zmianami (zwanego dalej „rozporządzeniem wykonawczym”), stanowi:

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

Instytucja zamawiająca może w szczególności wziąć pod uwagę wyjaśnienia odnoszące się do:

a) ekonomiki procesu produkcyjnego, świadczenia usług lub metod budowy;

b) wybranych rozwiązań technicznych lub szczególnie korzystnych warunków dostępnych dla oferenta;

c) oryginalności oferty.

[…]”.

53 Podobnie, art. 146 ust. 4 rozporządzenia wykonawczego stanowi, że w przypadku rażąco niskich ofert komisja przetargowa żąda wszelkich istotnych wyjaśnień dotyczących elementów składowych oferty.

54 Z przepisów tych wynika, że pojęcie „rażąco niskiej oferty” nie znajduje definicji ani w przepisach rozporządzenia finansowego, ani w przepisach rozporządzenia wykonawczego.

55 Jednakże z orzecznictwa wynika, że rażąco niski charakter oferty należy oceniać względem tego, z czego się ona składa, oraz danego świadczenia. Tak więc Trybunał wyjaśnił, że instytucja zamawiająca może w ramach badania rażąco niskiej oferty, w celu zapewnienia zdrowej konkurencji, uwzględnić nie tylko okoliczności wymienione w art. 139 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego, lecz również wszystkie istotne elementy w świetle danej usługi (zob. analogicznie wyrok z dnia 18 grudnia 2014 r., Data Medical Service, C-568/13, Zb.Orz., EU:C:2014:2466, pkt 50).

56 W niniejszym przypadku z pisma Komisji z dnia 25 marca 2013 r. i z końcowego sprawozdania z oceny wynika, że komisja przetargowa uznała, iż w świetle dostarczonych przez skarżącą wyjaśnień proponowana cena nie pokrywa kosztów w odniesieniu do niektórych dodatkowych zadań (w szczególności nr 1–6 i 18–20). Komisja przetargowa unaoczniła również niespójności dotyczące kosztów zadań dodatkowych nr 14 i 15. Wreszcie – stwierdziła pokrywające się ze sobą przydziały personelu do głównych dodatkowych zadań (nr 6–17, 21 i 25). Uznała, że oferta jest rażąco niska w zakresie dodatkowych zadań nr 1–16 i 18–20. Wyjaśniła, że realizacja dodatkowych zadań nr 1–6 i 18–20 oferowana jest ze stratą na podstawie samych tylko kosztów pracy i że realizacja dodatkowych zadań nr 1–16 i 18–20 oferowana jest ze stratą, jeśli brać pod uwagę dodatkowe koszty. Dodała, że pokrywające się przydziały personelu sprawiają, iż oferta jest niezgodna z wymogami specyfikacji warunków zamówienia dotyczącymi minimalnego wymogu dziesięciu „równowartości pełnego wymiaru czasu pracy”.

57 Zatem prawdą jest, że stwierdzone anomalie sprawiły, iż komisja przetargowa uznała, że oferta skarżącej jest rażąco niska konkretnie w odniesieniu do niektórych zadań dodatkowych.

58 Jednak ekonomiczna i finansowa waga dodatkowych zadań w stosunku do zadań głównych jasno wynika z informacji zawartych w aktach sprawy. W szczególności specyfikacja warunków zamówienia przewidywała w sumie 36 zadań, z czego 27 było zadaniami dodatkowymi. Ponadto specyfikacja warunków zamówienia przewidywała dla dodatkowych zadań maksymalny budżet nieco wyższy (1 500 000 EUR) niż budżet na zadania główne (1 400 000 EUR). Waga zadań dodatkowych dla całego zamówienia nie budzi więc żadnych wątpliwości.

59 Tymczasem na 27 przewidzianych dodatkowych zadań anomalie wskazywane przez komisję przetargową dotyczyły 19 z nich.

60 Zatem wskazane anomalie, choć dotyczyły jedynie zadań dodatkowych, wcale nie były pomniejszym lub odosobnionym elementem oferty, a więc mogły zaszkodzić spójności ogólnej oferowanej ceny, czyli oferty w całości.

61 Ponadto okoliczność, że wskazane anomalie dotyczyły wyłącznie zadań dodatkowych, nie oznacza, że oferta nie została oceniona w całości. W tym względzie to właśnie całkowita cena oferty skarżącej została uznana za rażąco niską, w tym w stosunku do budżetu przewidzianego przez Komisję na całe zamówienie oraz w stosunku do całkowitej ceny oferowanej przez wybranego wykonawcę.

62 Wynika z tego, że komisja przetargowa przeprowadziła ocenę pod względem elementów składowych oferty oraz danego świadczenia, z uwzględnieniem elementów istotnych ze względu na to świadczenie. Należy więc oddalić zarzut skarżącej, że komisja przetargowa uznała ofertę za rażąco niską wbrew zasadom obowiązującym w tej dziedzinie.

– W przedmiocie arbitralnego i nieracjonalnego charakteru parametrów użytych w celu stosowania pojęcia „rażąco niskiej oferty" i naruszenia zasady kontradyktoryjności oraz zasady równego traktowania

63 Po pierwsze, skarżąca podnosi niedopasowany, arbitralny i nieuzasadniony charakter parametrów użytych w celu oceny, czy jej oferta jest rażąco niska. W szczególności jednostka kosztów stosowana do obliczenia kosztu ekspertów jest subiektywna i nie uwzględnia ani faktu, że skarżąca mogła wynegocjować z ekspertami niższe ceny, ani zdolności organizacyjnych i handlowych skarżącej.

64 Należy wskazać, że – jak wynika to z wyjaśnień zawartych w załączniku do sprawozdania z oceny z dnia 20 listopada 2012 r. – oferta skarżącej zawierała cenę ogólną o 850 000 EUR niższą niż cena, którą komisja przetargowa uważała za cenę minimalną za dodatkowe zadania, podczas gdy cena oferowana za zadania główne była zbliżona do określonej w przetargu ceny maksymalnej. Pismem z dnia 22 listopada 2012 r. Komisja zażądała więc od skarżącej szczegółowych wyjaśnień na temat kalkulacji cen oferowanych za niektóre dodatkowe zadania i wskazała, że oferta może zostać odrzucona w przypadku nieprzekonujących wyjaśnień.

65 W odpowiedzi z dnia 29 listopada 2012 r. skarżąca przedstawiła ogólne uwagi i konkretne wyjaśnienia dotyczące danych zadań dodatkowych. Wspomniała w szczególności w uwagach ogólnych o tym, że świadczy usługi podobne do tych, których dotyczą dodatkowe zadania w ramach szeregu projektów, i że ma najlepszą pozycję do negocjowania konkurencyjnych cen z dostawcami.

66 Należy jednak zauważyć, że twierdzenia skarżącej nie są niczym poparte i że nie podała ona żadnych dokładnych informacji dotyczących zwłaszcza rabatów, które otrzymała w ramach omawianych zadań. Gdyby jej zdolności organizacyjne i handlowe stanowiły ważne czynniki mające wpływ na koszty jej usług, powinny one były zostać uwidocznione w pierwotnej ofercie, a przynajmniej w odpowiedzi z dnia 29 listopada 2012 r., w sposób dokładny i poparty uzasadnieniem. Należy jednak stwierdzić, że tak nie było.

67 Ponadto w piśmie z dnia 12 kwietnia 2013 r. skarżąca zakwestionowała jednostkę kosztów stosowaną do obliczania wynagrodzenia ekspertów, ponieważ wynegocjowała niższe stawki. Dodała, że może przedstawić porozumienia z ekspertami. Należy jednak stwierdzić, że nie przedstawiła ich i nie poparła też swoich twierdzeń w inny sposób. Skarżąca powołuje się także na swoje zdolności organizacyjne i handlowe, lecz nie przedstawia w tym względzie konkretnych informacji.

68 Wreszcie, argument skarżącej, że jednostka kosztów stosowana do obliczenia kosztu ekspertów jest parametrem subiektywnym, należy oddalić. Skarżąca nie podała bowiem żadnych danych liczbowych w tym względzie. Ponadto fakt, że powołuje się ona na pewne okoliczności, a w szczególności na negocjacje cen z ekspertami tej samej kategorii co eksperci od zadań głównych, skłania do utwierdzenia w przekonaniu, że koszty te były, jak stwierdziła Komisja, poniżej normy, a przy tym nie przedstawiono szczegółowego uzasadnienia.

69 Wynika z tego, że argumentację skarżącej, w której kwestionuje ona parametry użyte do celów oceny, czy jej oferta jest rażąco niska, należy odrzucić.

70 Po drugie, skarżąca utrzymuje, że Komisja powinna była umożliwić jej później uzasadnienie kosztów i cen uznanych za zbyt niskie, zgodnie z zasadą kontradyktoryjności. Wskazuje ona, że pismo z dnia 22 listopada 2012 r. ograniczało się do zapytania o metodę kalkulacji ceny zawartej w ofercie, a nie o wartość rozpatrywanych elementów.

71 Z art. 139 ust. 1 i art. 146 ust. 4 rozporządzenia wykonawczego wynika, że instytucja zamawiająca ma obowiązek, w ramach badania rażąco niskiej ceny oferty, zażądania od oferenta przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że jego oferta jest poważna (zob. podobnie i analogicznie wyroki: z dnia 27 listopada 2001 r., Lombardini i Mantovani, C-285/99 i C-286/99, Rec, EU:C:2001:640, pkt 46, 51; z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, Zb.Orz., EU:C:2012:191, pkt 28; ww. w pkt 55 wyrok Data Medical Service, EU:C:2014:2466, pkt 47). Zaistnienie – w odpowiednim momencie procedury badania ofert – skutecznej debaty na zasadzie kontradyktoryjności pomiędzy instytucją zamawiającą a oferentem, aby ten mógł wykazać, że jego oferta jest poważna, stanowi podstawowy wymóg w dziedzinie zamówień publicznych, mający zapobiec arbitralności instytucji zamawiającej i zagwarantować konkurencję między przedsiębiorstwami na zdrowych zasadach (zob. podobnie i analogicznie: ww. wyrok Lombardini i Mantovani, EU:C:2001:640, pkt 57; ww. w pkt 55 wyrok Data Medical Service, EU:C:2014:2466, pkt 48; wyrok z dnia 21 maja 2008 r., Belfass/Rada, T-495/04, Zb.Orz., EU:T:2008:160, pkt 97, 98).

72 W niniejszym przypadku pismem z dnia 22 listopada 2012 r. Komisja powiadomiła skarżącą, że komisja przetargowa uznała podane w jej ofercie ceny za niektóre dodatkowe zadania za rażąco niskie. Komisja wezwała skarżącą do udzielenia szczegółowych wyjaśnień na temat kalkulacji oferowanych cen za dodatkowe zadania nr 1–21 i 25 oraz ostrzegła, że jej oferta może zostać odrzucona w przypadku nieprzekonujących wyjaśnień.

73 Pismem z dnia 29 listopada 2012 r. skarżąca odpowiedziała na to wezwanie Komisji, udzielając ogólnych wyjaśnień oraz przedstawiając listę kosztów przyjętych w celu sporządzenia ofert cenowych dotyczących wszystkich zadań dodatkowych.

74 W dniu 19 grudnia 2012 r., biorąc pod uwagę nowe informacje dostarczone przez skarżącą, komisja przetargowa stwierdziła w szczególności, że oferta skarżącej jest rażąco niska, oraz zaleciła, by udzielić zamówienia VLM-owi.

75 Pismem z dnia 25 marca 2013 r. Komisja powiadomiła skarżącą, że jej oferta nie została wybrana, gdyż nie uzyskała wymaganego minimum w kryterium udzielenia zamówienia nr 3 i że została uznana za rażąco niską w zakresie cen oferowanych za realizację niektórych zadań dodatkowych.

76 Z powyższego wynika, że kontradyktoryjność postępowania była w niniejszym przypadku dochowana i że skarżąca miała możliwość uzasadnienia swoich kosztów i cen, które uznano za zbyt niskie.

77 Argument skarżącej, że pismo z dnia 22 listopada 2012 r. ograniczało się do zapytania o metodę kalkulacji ceny zawartej w ofercie, a nie o wartość rozpatrywanych elementów, należy odrzucić. Komisja zwróciła się bowiem do skarżącej o szczegółowe wyjaśnienia na temat kalkulacji cen oferowanych za dodatkowe zadania nr 1–21 i 25 oraz wskazała, że jej oferta może zostać odrzucona w razie nieprzekonujących odpowiedzi. Elementy kalkulacji cen zawierały więc z konieczności wszystkie elementy składające się na ukształtowanie oferowanych cen, w tym nie tylko metodę kalkulacji, lecz również wartość rozpatrywanych elementów. Wbrew temu, co utrzymuje skarżąca, Komisja nie zapytała więc tylko o metodę kalkulacji zawartej w ofercie ceny.

78 W świetle powyższego argumenty skarżącej dotyczące naruszenia zasady kontradyktoryjności należy odrzucić.

79 Po trzecie, skarżąca podnosi, że Komisja powinna była sprawdzić, czy oferta VLM-u jest rażąco niska, w oparciu o te same parametry, co doprowadziłoby ją do analogicznych wniosków w zakresie zadań głównych. Podnosi więc naruszenie zasady równego traktowania. Przedstawia symulację, z której jej zdaniem wynika, że wartości stosowane przez komisję przetargową do jej oferty były zbyt wysokie, a więc odliczenia tej oferty były błędne, co potwierdza zarzucany fakt odmiennego traktowania.

80 Należy przypomnieć, że zasada równego traktowania oferentów, mająca na celu wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami uczestniczącymi w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu treści swych ofert, z czego wynika zatem wymóg, by oferty wszystkich konkurentów poddane były tym samym warunkom (zob. wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r., Komisja/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec, EU:C:2004:236, pkt 110). Tym samym oferenci muszą być traktowani na równi zarówno w chwili, gdy przygotowują oferty, jak i wówczas, gdy oferty te są oceniane przez instytucję zamawiającą (zob. podobnie wyroki: z dnia 17 lutego 2011 r., Komisja/Cypr, C-251/09, EU:C:2011:84, pkt 39; z dnia 16 września 2013 r., Hiszpania/Komisja, T-402/06, Zb.Orz., EU:T:2013:445, pkt 66).

81 W niniejszym przypadku należy przypomnieć, że całkowity maksymalny budżet przewidziany na to zamówienie wynosił 2 500 000 EUR. Skarżąca złożyła ofertę opiewającą w sumie na 1 320 112,63 EUR, zaś VLM, jako wykonawca, przedstawił ogólną ofertę na kwotę 2 316 124,83 EUR.

82 Zatem, jak podkreśla Komisja, oferta finansowa VLM-u, skalkulowana na podstawie formuły określonej w pkt 9.3.2 specyfikacji warunków zamówienia, dotyczącym kryterium ceny, była nieco niższa niż górny limit budżetu przewidziany w tej specyfikacji warunków zamówienia na realizację zamówienia oraz wyższa o niemal 1 mln EUR od oferty skarżącej. Wynika stąd, że w odróżnieniu od oferty skarżącej oferta VLM-u nie sprawiała wrażenia rażąco niskiej w odniesieniu do ogólnego budżetu przewidzianego na rozpatrywane zamówienie.

83 Skoro więc nie były one w tej samej sytuacji, Komisja mogła, nie naruszając zasady równego traktowania, postanowić skontrolować, czy oferta skarżącej ma rażąco niski charakter, nie poddając takiemu samemu traktowaniu VLM-u.

84 W tych okolicznościach symulacja przedstawiona przez skarżącą jest nieistotna dla sprawy.

85 Wynika z tego, że należy oddalić zarzut dotyczący naruszenia zasady równego traktowania.

86 Z całości powyższego wynika, że należy oddalić wszystkie zarzuty skarżącej zmierzające do wykazania bezprawnego zachowania dotyczącego oceny rażąco niskiego charakteru jej oferty. Jej żądanie odszkodowawcze w tym względzie należy zatem oddalić bez konieczności badania przesłanek istnienia szkody i związku przyczynowego.

W przedmiocie żądania odszkodowawczego związanego z zarzutami bezprawnego zachowania dotyczącego kryterium udzielenia zamówienia nr 3

87 W odniesieniu do oceny Komisji dotyczącej kryterium udzielenia zamówienia nr 3 skarżąca utrzymuje w istocie, że w niniejszym przypadku pomieszano kryteria wyboru i kryteria udzielenia zamówienia, oraz zarzuca w tym względzie, po pierwsze, naruszenie reguł postępowania przetargowego, po drugie, naruszenie zasady proporcjonalności, i po trzecie, naruszenie zasady rozdziału etapów postępowania. Podnosi wreszcie, że jej oferta została błędnie oceniona.

88 Skarżąca podnosi cztery rodzaje szkody, a mianowicie szkodę związaną z utratą rozpatrywanego zamówienia, a pomocniczo – szkodę polegającą na utracie szansy na zawarcie umowy o wykonanie tego zamówienia. Podnosi także szkodę wynikłą z poniesienia kosztów udziału w postępowaniu przetargowym oraz krzywdę.

89 W niniejszym przypadku należy zacząć od zbadania, czy spełnione są przesłanki istnienia podnoszonych szkód oraz istnienia związku przyczynowego między zarzucanym bezprawnym zachowaniem a tymi szkodami.

90 Po pierwsze, jeśli chodzi o szkodę związaną z utratą rozpatrywanego zamówienia, podnoszoną tytułem głównym, skarżąca utrzymuje, że odpowiada ona równowartości zysku brutto, którego skarżąca została niesłusznie pozbawiona. Szkoda ta odpowiada zatem co do istoty utraconemu zyskowi.

91 Należy przypomnieć, że zgodnie z orzecznictwem skargę, na której poparcie podnoszona jest szkoda w postaci utraconych korzyści, należy oddalić, gdyż nie jest to szkoda zaistniała i aktualna, tylko przyszła i hipotetyczna (zob. podobnie wyrok z dnia 29 października 1998 r., TEAM/Komisja, T-13/96, Rec, EU:T:1998:254, pkt 76; ww. w pkt 32 wyrok AFCon Management Consultants i in./Komisja, EU:T:2005:107, pkt 113, 114; wyrok z dnia 8 grudnia 2011 r., Evropaïki Dynamiki/Komisja, T-39/08, EU:T:2011:721, pkt 47).

92 Przesłanka dotycząca szkody wymaga bowiem, by szkoda, o której naprawienie wystąpiono, miała charakter rzeczywisty i pewny. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na stronie skarżącej (zob. ww. w pkt 91 wyrok Evropaïki Dynamiki/Komisja, EU:T:2011:721, pkt 46 i przytoczone tam orzecznictwo).

93 Zaś w myśl art. 101 rozporządzenia finansowego instytucja zamawiająca przed podpisaniem umowy może zrezygnować z zamówienia lub unieważnić procedurę udzielenia zamówienia, przy czym oferenci lub kandydaci nie są uprawnieni do wystąpienia o odszkodowanie.

94 Tym samym, nawet gdyby komisja przetargowa zaproponowała udzielenie zamówienia skarżącej, instytucja zamawiająca nie byłaby związana propozycją komisji przetargowej, lecz przysługiwałby jej znaczny zakres uznania w odniesieniu do elementów, które należy wziąć pod uwagę w celu podjęcia decyzji o udzieleniu zamówienia (zob. podobnie ww. w pkt 91 wyrok TEAM/Komisja, EU:T:1998:254, pkt 76; ww. w pkt 32 wyrok AFCon Management Consultants i in./Komisja, EU:T:2005:107, pkt 113, 114; ww. w pkt 91 wyrok Evropaïki Dynamiki/Komisja, EU:T:2011:721, pkt 47).

95 Nawet jeśli założyć, że oferta skarżącej powinna była zostać zaklasyfikowana jako pierwsza i że skarżąca powinna być wybrana na wykonawcę zamówienia, nie zobowiązywałoby to Komisji do zawarcia z nią umowy. Żadna zasada bowiem ani żaden przepis mający zastosowanie do postępowań przetargowych Komisji nie nakładają na nią obowiązku zawarcia umowy na zamówienie z podmiotem wskazanym jako wykonawca w wyniku postępowania przetargowego (zob. podobnie ww. w pkt 34 wyrok Evropaïki Dynamiki/EBI, EU:T:2011:494, pkt 211).

96 Zatem szkoda polegająca na utracie korzyści przez skarżącą oraz na utracie rozpatrywanego zamówienia nie jest rzeczywista i pewna, tylko hipotetyczna. Nie może więc podlegać odszkodowaniu.

97 Argumenty skarżącej dotyczące odejścia od linii orzeczniczej, według której instytucja zamawiająca nie jest zobowiązana do podpisania umowy z oferentem zakwalifikowanym na pierwszym miejscu na zakończenie przetargu, nie podważają tego wniosku.

98 Utrzymuje ona bowiem, że jeżeli instytucja zamawiająca postanowi sfinalizować umowę, to nie może swobodnie udzielić zamówienia innym oferentom, którzy nie wygrali prawidłowo przetargu. Niemniej takie twierdzenie nie stoi w sprzeczności z faktem, że instytucja zamawiająca może swobodnie zdecydować o tym, czy sfinalizuje umowę, a więc zrezygnować z niej, przez co szkoda podnoszona ze względu na utratę korzyści nigdy nie jest pewna. Ponadto orzecznictwo nie czyni rozróżnienia, czy

zamówienie zostało udzielone, czy nie. Szkoda polegająca na utracie korzyści, czyli równoważna zyskowi, którego nie odniesiono z realizacji zamówienia, wymaga bowiem pewności w uzyskaniu zamówienia. Tymczasem zważywszy na uznanie instytucji zamawiającej wynikające z art. 101 rozporządzenia finansowego, szkoda taka nigdy nie jest pewna.

99 Wbrew temu, co twierdzi skarżąca, orzecznictwo to nie zezwala instytucji zamawiającej na czerpanie zysku z naruszenia reguł, którego instytucja sama się dopuściła, bez konieczności wynagrodzenia wynikającej z tego szkody, gdyż inne szkody podlegają odszkodowaniu, jeżeli są rzeczywiste i pewne. Tak jest w szczególności w przypadku szkody polegającej na utracie szansy lub poniesieniu przez oferenta kosztów udziału w przetargu, w przypadku gdy naruszenie prawa Unii zaszkodziło jego szansie na uzyskanie zamówienia. Punkty 80–82 wyroku z dnia 30 kwietnia 2009 r., CAS Succhi di Frutta/Komisja (C-497/06 P, EU:C:2009:273), przytaczanego przez skarżącą, dotyczą właśnie szkód polegających na utracie szansy lub poniesieniu przez oferenta kosztów udziału w przetargu, nie zaś utraty korzyści.

100 Ponadto skarżąca podnosi, że przez to orzecznictwo odrzucony oferent – pozbawiony ochrony w aspekcie środków zabezpieczających, ponieważ orzecznictwo jest bardzo surowe w dziedzinie środków tymczasowych – pozbawiony jest również ochrony w aspekcie prawa do naprawienia szkody. Jednak tu również należy wskazać, że z racji brzmienia art. 101 rozporządzenia finansowego skarżąca, wbrew temu, co sama twierdzi, nie utraciła zamówienia, a jedynie szansę uzyskania zamówienia będącego przedmiotem wspólnotowego przetargu (postanowienie z dnia 20 lipca 2006 r., Globe/Komisja, T-114/06 R, Zb.Orz., EU:T:2006:221, pkt 116).

101 Tym samym argumenty skarżącej zmierzające do zakwestionowania mającego zastosowanie orzecznictwa, zgodnie z którym szkoda polegająca na utracie przez skarżącą korzyści nie może zostać podniesiona, należy odrzucić.

102 Ponadto, co się tyczy przesłanki związku przyczynowego, należy przypomnieć, że – jak wynika z pisma Komisji z dnia 25 marca 2013 r. – oferta skarżącej została odrzucona dlatego, że po pierwsze, ocena przyznana za kryterium udzielenia zamówienia nr 3 była niższa niż wymagane minimum, a po drugie, oferta była rażąco niska. Instytucja zamawiająca uznała zresztą ofertę skarżącej za rażąco niską, nie zachowując się przy tym bezprawnie (zob. pkt 50–86 powyżej). Skarżąca nie miała więc żadnej szansy na uzyskanie zamówienia, ponieważ jej oferta była rażąco niska.

103 Tymczasem szkoda wynikająca z utraty zamówienia, nawet gdyby była rzeczywista i pewna, jest skutkiem odrzucenia oferty skarżącej.

104 Wynika stąd, że skoro to odrzucenie oferty było uzasadnione, to choćby nawet odrzucenie oferty w oparciu o ocenę kryterium udzielenia zamówienia nr 3 było bezprawne, to oferta skarżącej i tak była rażąco niska i słusznie zostałaby odrzucona.

105 W związku z tym nie można wykazać istnienia związku przyczynowego między ewentualnym bezprawnym zachowaniem przy ocenie oferty pod kątem kryterium udzielenia zamówienia nr 3 a szkodą polegającą na utracie zamówienia, którą podnosi skarżąca.

106 Zatem żądanie odszkodowawcze zmierzające do uzyskania naprawienia podnoszonej przez skarżącą szkody równoważnej zyskowi brutto, którego skarżąca została jakoby niesłusznie pozbawiona w następstwie utraty samego zamówienia, należy oddalić.

107 W świetle powyższego nie ma potrzeby orzekać w przedmiocie wniosku o objęcie poufnością dokumentów przedłożonych jako załączniki do skargi do celów oszacowania szkody związanej z utratą zamówienia.

108 Po drugie, jeśli chodzi o szkodę związaną z utratą szansy uzyskania rozpatrywanego zamówienia, należy stwierdzić, że żądanie skarżącej również nie może zostać uwzględnione.

109 Ze względów przedstawionych w pkt 102–105 powyżej okazuje się bowiem, że szkoda oparta na utracie szansy na uzyskanie zamówienia również jest skutkiem odrzucenia oferty skarżącej z racji tego, że była rażąco niska.

110 Wynika z tego, że gdyby nawet odrzucenie oferty skarżącej w oparciu o ocenę kryterium udzielenia zamówienia nr 3 było bezprawne, to nadal oferta ta byłaby rażąco niska i skarżąca nie mogłaby tak czy inaczej powoływać się na szkodę związaną z utratą szansy uzyskania rozpatrywanego zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 23 listopada 2011 r., bpost/Komisja, T-514/09, EU:T:2011:689, pkt 171 in fine).

111 Tak więc nie można też stwierdzić istnienia związku przyczynowego między ewentualnym bezprawnym zachowaniem przy ocenie oferty pod kątem kryterium udzielenia zamówienia nr 3 a szkodą podnoszoną przez skarżącą, która to szkoda miałaby wynikać z utraty szansy na uzyskanie zamówienia.

112 Po trzecie, co się tyczy szkody podnoszonej z racji poniesienia kosztów w ramach postępowania przetargowego, należy przypomnieć, że podmioty gospodarcze muszą ponosić ryzyko właściwe dla ich działalności, z uwzględnieniem okoliczności danego przypadku. W ramach postępowania przetargowego to ryzyko gospodarcze obejmuje między innymi koszty związane ze złożeniem oferty. Poniesione w ten sposób wydatki obciążają więc przedsiębiorstwo, które zdecydowało się wziąć udział w postępowaniu, przy czym uprawnienie do ubiegania się o zamówienie nie oznacza pewności uzyskania tego zamówienia (ww. w pkt 99 wyrok CAS Succhi di Frutta/Komisja, EU:C:2009:273, pkt 79). W tym względzie art. 101 rozporządzenia finansowego stanowi, że Komisja ma prawo zdecydować, że w ogóle nie udzieli zamówienia. Zatem nawet oferent, który przedstawił najkorzystniejszą ofertę, nie miał pewności, że otrzyma to zamówienie.

113 Co do zasady koszty i opłaty poniesione przez oferenta z tytułu udziału w przetargu nie stanowią więc szkody, która może podlegać naprawieniu w drodze zasądzenia odszkodowania (ww. w pkt 99 wyrok CAS Succhi di Frutta/Komisja, EU:C:2009:273, pkt 81; ww. w pkt 91 wyrok TEAM/Komisja, EU:T:1998:254, pkt 71; ww. w pkt 34 wyrok Embassy Limousines & Services/Parlament, EU:T:1998:302, pkt 97).

114 Rzeczywiście, z orzecznictwa wynika również, że ta zasada nie może, pod rygorem naruszenia zasad pewności prawa i ochrony uzasadnionych oczekiwań, mieć zastosowania, w przypadku gdy naruszenie prawa Unii przy prowadzeniu postępowania przetargowego miało negatywny wpływ na szanse jednego z oferentów na uzyskanie zamówienia (ww. w pkt 99 wyrok CAS Succhi di Frutta/Komisja, EU:C:2009:273, pkt 82; ww. w pkt 91 wyrok TEAM/Komisja, EU:T:1998:254, pkt 72; ww. w pkt 32 wyrok AFCon Management Consultants i in./Komisja, EU:T:2005:107, pkt 98).

115 Nie ma to jednak miejsca w niniejszej sprawie. Ponieważ bowiem ocena Komisji, która uznała ofertę skarżącej za rażąco niską, nie ma znamion bezprawnego działania (zob. pkt 86 powyżej), należy stwierdzić, że skarżąca bezzasadnie podnosi utratę szansy na uzyskanie zamówienia, i nie ma potrzeby dalszego badania zarzutów podnoszonych względem oceny jej oferty pod kątem kryterium udzielenia zamówienia nr 3 (zob. pkt 109–111 powyżej).

116 Zatem, skoro postępowanie przetargowe nie zaszkodziło w niniejszym przypadku szansom skarżącej na uzyskanie rozpatrywanego zamówienia, to zasada, że koszty i opłaty poniesione z racji udziału w przetargu nie mogą stanowić szkody, która podlega naprawieniu w drodze zasądzenia odszkodowania, znajduje zastosowanie.

117 W dodatku należy z tego wnioskować, że nie jest również możliwe stwierdzenie związku przyczynowego między ewentualnym bezprawnym zachowaniem przy ocenie oferty pod kątem kryterium udzielenia zamówienia nr 3 a podnoszoną przez skarżącą szkodą wynikającą z poniesienia kosztów i opłat z racji jej udziału w przetargu.

118 Wynika z tego, że żądanie skarżącej zmierzające do uzyskania zwrotu kosztów poniesionych na udział w przetargu należy oddalić.

119 W świetle powyższego nie ma potrzeby orzekać w przedmiocie wniosku o objęcie poufnością dokumentów przedłożonych jako załączniki do skargi do celów oszacowania szkody związanej z kosztami udziału w przetargu.

120 Po czwarte, skarżąca podnosi, że przedsiębiorstwo i personel zaangażowany do przetargu były niesprawiedliwie poddane presji, i żąda naprawienia krzywdy, którą szacuje na 5 000 EUR.

121 Jednak skarżąca poprzestaje na podniesieniu faktu niesprawiedliwej presji, która z kolei była związana z rozczarowaniem spowodowanym niesprawiedliwym wykluczeniem, nie wykazuje jednak przy tym, że faktycznie doznała rzeczywistej i pewnej krzywdy, i nie przedstawia jakichkolwiek materiałów w celu wykazania zaistnienia takiej krzywdy, w rozumieniu mającego zastosowanie orzecznictwa (zob. podobnie wyrok z dnia 14 października 2014 r., Giordano/Komisja, C-611/12 P, Zb.Orz., EU:C:2014:2282, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo; ww. w pkt 32 wyrok Evropaïki Dynamiki/Komisja, EU:T:2014:888, pkt 30 i przytoczone tam orzecznictwo).

122 Argument skarżącej dotyczący braku konieczności wykazania doznanej krzywdy, oparty w szczególności na ww. w pkt 34 wyroku Embassy Limousines & Services/Parlament (EU:T:1998:302), należy odrzucić. W sprawie tej bowiem Sąd wziął pod uwagę fakt, iż z akt sprawy wynikało, że instytucja zamawiająca utrzymywała skarżącą spółkę w niepewności i zmuszała ją do czynienia niepotrzebnych wysiłków w celu zaradzenia pilnej sytuacji w celu realizacji zamówienia. Nie jest tak bynajmniej w niniejszym przypadku. Przeciwnie, pismo Komisji z dnia 22 listopada 2012 r. otwarcie ostrzegało skarżącą, że jej oferta może zostać odrzucona, jeżeli przedstawione przez nią wyjaśnienia na temat tej oferty nie będą przekonujące.

123 Wynika z tego, że dowód na rzeczywisty charakter krzywdy nie został w niniejszym przypadku dostarczony i że żądanie dotyczące tej krzywdy również należy oddalić.

124 Ponadto podnoszona krzywda jest w niniejszym przypadku związana z odrzuceniem oferty skarżącej, co do którego już wykazano, że było uzasadnione ze względu na to, iż oferta była rażąco niska (zob. pkt 86 powyżej). W związku z tym nie można wykazać istnienia związku przyczynowego między ewentualnym bezprawnym zachowaniem przy ocenie oferty pod kątem kryterium udzielenia zamówienia nr 3 a krzywdą podnoszoną przez skarżącą.

125 Z całości powyższego wynika, że bez potrzeby badania, czy przesłanka dotycząca zaistnienia ponoszonego przez skarżącą bezprawnego zachowania dotyczącego oceny jej oferty pod kątem kryterium udzielenia zamówienia nr 3 jest spełniona, należy stwierdzić, że dwie pozostałe przesłanki, dotyczące istnienia szkody oraz istnienia związku przyczynowego między ewentualnym bezprawnym zachowaniem Komisji a podnoszonymi przez skarżącą szkodą i krzywdą, nie są spełnione.

126 Tak więc należy oddalić żądanie odszkodowawcze w zakresie, w jakim jest ono oparte na bezprawnym zachowaniu dotyczącym oceny oferty skarżącej pod kątem kryterium udzielenia zamówienia nr 3, czyli żądanie odszkodowawcze w całości.

W przedmiocie wniosku o przeprowadzenie środków dowodowych

127 Skarżąca wnosi o nakazanie Komisji przekazania oferty VLM-u, wybranego wykonawcy, w celu zbadania zasadności zarzutu dotyczącego odmiennego traktowania w zakresie rażąco niskiego charakteru oferty tej spółki. Dodaje, że decyzja Komisji wydana na podstawie rozporządzenia nr 1049/2001 nie może naruszać uprawnień Sądu w zakresie postępowania dowodowego.

128 Komisja wnosi o nieuwzględnianie tego wniosku.

129 Z całości powyższych wywodów wynika, że skargę należy oddalić w całości, bez konieczności uwzględnienia wniosku o zarządzenie środków dowodowych skarżącej, zmierzającego do uzyskania kopii oferty VLM-u.

W przedmiocie kosztów

130 Zgodnie z art. 134 § 1 regulaminu postępowania przed Sądem kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę.

131 Ponieważ skarżąca przegrała sprawę, należy obciążyć ją kosztami zgodnie z żądaniem Komisji.

Z powyższych względów

SĄD (szósta izba)

orzeka, co następuje:

1) Skarga zostaje oddalona.

2) Agriconsulting Europe SA pokrywa własne koszty oraz koszty poniesione przez Komisję Europejską.

Frimodt Nielsen Dehousse Collins

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 28 stycznia 2016 r.

Podpisy