Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (ósma izba)

z dnia 11 maja 2023 r.*

Odwołanie – Regulamin postępowania przed Trybunałem – Artykuł 169 – Odwołanie od sentencji orzeczenia Sądu – Zamówienia publiczne na usługi – Postępowanie przetargowe – Rozporządzenie (UE, Euratom) 2018/1046 – Artykuł 170 ust. 3 – Punkt 23 załącznika I – Odrzucony oferent, który poinformował Komisję Europejską o wskazówkach dotyczących rażąco niskiego charakteru wybranej oferty – Zakres obowiązku uzasadnienia spoczywającego na instytucji zamawiającej

W sprawie C-101/22 P

mającej za przedmiot odwołanie w trybie art. 56 statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wniesione w dniu 10 lutego 2022 r.,

Komisja Europejska, którą reprezentowali L. André, M. Ilkova oraz O. Verheecke, w charakterze pełnomocników,

strona skarżąca,

w której drugą stroną postępowania są:

Sopra Steria Benelux, z siedzibą w Brukseli (Belgia),

Unisys Belgium, z siedzibą w Brukseli,

które reprezentowali L. Masson i G. Tilman, adwokaci,

strona skarżąca w pierwszej instancji,

TRYBUNAŁ (ósma izba),

w składzie: M. Safjan, prezes izby, N. Piçarra i M. Gavalec (sprawozdawca), sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,

* Język postępowania: francuski.

wydaje następujący

Wyrok

1 W odwołaniu Komisja Europejska wnosi o uchylenie wyroku Sądu Unii Europejskiej z dnia 1 grudnia 2021 r., Sopra Steria Benelux i Unisys Belgium/Komisja (T-546/20, zwanego dalej „zaskarżonym wyrokiem", EU:T:2021:846), w którym Sąd stwierdził nieważność jej decyzji z dnia 2 lipca 2020 r. dotyczącej, po pierwsze, odrzucenia złożonej wspólnej oferty w odniesieniu do części A przez Sopra Steria Benelux i Unisys Belgium (zwane dalej łącznie „spółkami S2U") w ramach postępowania przetargowego o numerze TAXUD/2019/OP/0006 dotyczącego usług specyfikacji, rozwoju, konserwacji i wsparcia 3 stopnia platform informatycznych Dyrekcji Generalnej ds. Podatków i Unii Celnej [Komisji], a po drugie, udzielenia zamówienia dotyczącego tej części innemu konsorcjum, które złożyło ofertę (zwanej dalej „sporną decyzją").

Ramy prawne

Regulamin postępowania przed Trybunałem

2 Artykuł 169 regulaminu postępowania przed Trybunałem, zatytułowany „Żądania, zarzuty i argumenty odwołania", stanowi:

„§ 1. Żądania odwołania mają na celu uchylenie, w całości lub w części, orzeczenia Sądu, w brzmieniu zawartym w sentencji.

§ 2. Podnoszone zarzuty i argumenty prawne wskazują precyzyjnie motywy orzeczenia Sądu, które wnoszący odwołanie wzajemne kwestionuje".

3 Artykuł 170 tego regulaminu postępowania, zatytułowany „Żądania na wypadek uwzględnienia odwołania", przewiduje w § 1:

„Żądania odwołania mają na celu, na wypadek uznania go za zasadne, uwzględnienie, w całości lub w części, żądań przedstawionych w pierwszej instancji z wykluczeniem wszelkich nowych żądań. Odwołanie nie może zmieniać przedmiotu postępowania przed Sądem".

Rozporządzenie finansowe

4 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) 2018/1046 z dnia 18 lipca 2018 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii, zmieniające rozporządzenia (UE) nr 1296/2013, (UE) nr 1301/2013, (UE) nr 1303/2013, (UE) nr 1304/2013, (UE) nr 1309/2013, (UE) nr 1316/2013, (UE) nr 223/2014 i (UE) nr 283/2014 oraz decyzję nr 541/2014/UE, a także uchylające rozporządzenie (UE, Euratom) nr 966/2012 (Dz.U. 2018, L 193, s. 1, zwane dalej „rozporządzeniem finansowym") stanowi w art. 161, zatytułowanym „Załącznik dotyczący udzielania zamówień oraz przekazania uprawnień":

„Szczegóły dotyczące udzielania zamówień są zawarte w załączniku I do niniejszego rozporządzenia. W celu zapewnienia, aby instytucje Unii, udzielając zamówień na własny rachunek, stosowały takie same standardy jak te nałożone na instytucje zamawiające objęte zakresem stosowania dyrektyw [Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji

(Dz.U. 2014, L 94, s. 1)] i Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65)], Komisja jest uprawniona do przyjmowania aktów delegowanych zgodnie z art. 269 niniejszego rozporządzenia w celu zmiany załącznika I do niniejszego rozporządzenia, aby dostosować go do zmian w tych dyrektywach oraz wprowadzenia odpowiednich dostosowań technicznych".

5 Artykuł 170 tego rozporządzenia, zatytułowany „Decyzja o udzieleniu zamówienia oraz informowanie kandydatów lub oferentów", przewiduje w ust. 2 i 3:

„2. Instytucja zamawiająca powiadamia wszystkich kandydatów lub oferentów, których wnioski o dopuszczenie do udziału lub oferty zostały odrzucone, o podstawach podjęcia takiej decyzji, a także o długości okresu zawieszenia, o którym mowa w art. 175 ust. 2 i art. 178 ust. 1.

[…]

3. Każdemu oferentowi nieznajdującemu się w sytuacji wykluczenia, o której mowa w art. 136 ust. 1, który nie został odrzucony na podstawie art. 141, którego oferta jest zgodna z dokumentami zamówienia i który występuje z pisemnym wnioskiem, instytucja zamawiająca przekazuje wszelkie informacje dotyczące:

a) imienia i nazwiska lub nazwy oferenta lub – w przypadku umowy ramowej – oferentów, którym udzielono zamówienia, oraz, z wyjątkiem przypadku konkretnego zamówienia na podstawie umowy ramowej z ponownym poddaniem zamówienia procedurze konkurencyjnej, charakterystyki i względnej przewagi zwycięskiej oferty, zapłaconej ceny lub wartości zamówienia, stosownie do sytuacji;

[…]

Instytucja zamawiająca może jednak zadecydować o nieujawnianiu niektórych informacji, jeżeli ich ujawnienie mogłoby utrudnić egzekwowanie prawa, byłoby sprzeczne z interesem publicznym lub mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym podmiotów gospodarczych, lub mogłoby zakłócić uczciwą konkurencję między nimi".

6 Punkt 23 załącznika I do wspomnianego rozporządzenia, zatytułowany „Rażąco niskie oferty", ma następujące brzmienie:

„23.1. Jeżeli w przypadku danego zamówienia cena lub koszt podane w ofercie wydają się rażąco niskie, instytucja zamawiająca zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów dotyczących tych elementów składowych ceny lub kosztu, które uważa za istotne, oraz umożliwia oferentowi przedstawienie jego uwag.

Instytucja zamawiająca może w szczególności uwzględnić uwagi dotyczące:

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

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

c) oryginalności oferty;

d) przestrzegania przez oferenta mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy;

e) przestrzegania przez podwykonawców mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy;

f) możliwości uzyskania przez oferenta pomocy państwa zgodnie z mającymi zastosowanie przepisami.

§ 23.2. Instytucja zamawiająca odrzuca ofertę wyłącznie w przypadku, gdy dostarczone dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu proponowanej niskiej ceny lub proponowanych kosztów.

Instytucja zamawiająca odrzuca ofertę, jeżeli stwierdza, że jest ona rażąco niska, ponieważ jest niezgodna z mającymi zastosowanie obowiązkami w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy.

[…]".

Okoliczności powstania sporu

7 Okoliczności powstania sporu zostały przedstawione w pkt 1–8 zaskarżonego wyroku w następujący sposób:

„1. W dniu 6 grudnia 2019 r. Komisja Europejska opublikowała w Suplemencie do *Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej* (Dz.U. 2019/S 236-577462) ogłoszenie o zamówieniu publicznym na usługi o numerze TAXUD/2019/OP/0006 odnoszące się do usług specyfikacji, rozwoju, konserwacji i wsparcia 3. stopnia platform informatycznych Dyrekcji Generalnej [ds. Podatków i Unii Celnej] Komisji. Zamówienie to składało się z dwóch części, a mianowicie części A: »Usługi ewolucji platformy CCN/CSI«, oraz części B: »Usługi ewolucji platform CCN2(ng), SPEED2(ng), CDCO/TSOAP i SSV«, a kryterium udzielenia zamówienia stanowiło kryterium najlepszej relacji jakości do ceny, przy czym jakość techniczna i cena liczyły się, odpowiednio, po 70 % i 30 % przy ocenie ofert. W odniesieniu do każdej z tych części Komisja miała zawrzeć umowę ramową na okres 36 miesięcy, z możliwością trzykrotnego przedłużenia na kolejne okresy 12 miesięcy, z oferentem oferującym najlepszą relację jakości do ceny, pod warunkiem że spełnia on pewne minimalne kryteria dotyczące kwalifikowalności, braku wykluczenia, zdolności i zgodności oferty z wymogami.

2. W dniu 27 lutego 2020 r. [spółki S2U] złożyły wspólną ofertę w ramach konsorcjum kierowanego przez Soprę. Jedyną inną ofertą złożoną w terminie w odniesieniu do części A była oferta konsorcjum ARHS-IBM, utworzonego przez ARHS Developments SA i International Business Machines of Belgium SA.

3. Pismem z dnia 2 lipca 2020 r. Komisja poinformowała [spółki S2U] o odrzuceniu ich oferty w odniesieniu do części A z tego powodu, że nie była ona ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie, oraz o udzieleniu zamówienia innemu oferentowi […]. Komisja załączyła fragment sprawozdania z oceny dotyczącego ich oferty wskazujący przyznane punkty wraz z wyjaśnieniami

i poinformowała je, że informacje o cechach wybranej oferty i jej względnej przewadze, o wartości umowy oraz o nazwie wybranego oferenta będą mogły zostać im przekazane na pisemny wniosek. [Spółki S2U] skierowały taki wniosek w tym samym dniu.

4. Z owego fragmentu sprawozdania z oceny wynika, że oferta [spółek S2U] otrzymała łączną ocenę 90,81 punktu […]

[…]

5. Pismem z dnia 3 lipca 2020 r. Komisja powiadomiła [spółki S2U], że zamówienie zostało udzielone konsorcjum ARHS-IBM, oraz przekazała im fragment sprawozdania z oceny dotyczącego jego oferty wskazujący przyznane punkty wraz z wyjaśnieniami.

6. Z owego fragmentu sprawozdania z oceny wynika, że oferta wybranego oferenta otrzymała łączną ocenę 98,53 punktu […].

[…]

7. Pismem z dnia 10 lipca 2020 r. [zwanym dalej »wnioskiem z dnia 10 lipca 2020 r.«] [spółki S2U] zakwestionowały wynik postępowania przetargowego, a w odniesieniu do ceny wskazanej w wybranej ofercie wyraziły wątpliwości co do tego, czy cena znacznie niższa od zaoferowanej przez nie ceny, którą to uznawały za rozsądną i zgodną z warunkami rynkowymi, mogła być rentowna i nie stwarzać ryzyka »dumpingu socjalnego«. W związku z tym wezwały one instytucję zamawiającą w szczególności do potwierdzenia, że zweryfikowała ona, iż oferta wybranego oferenta nie stwarza żadnego ryzyka w tym zakresie.

8. Pismem z dnia 20 lipca 2020 r. [zwanym dalej »odpowiedzią z dnia 20 lipca 2020 r.«] Komisja odpowiedziała w szczególności, że szczegółowa analiza wybranej oferty pod względem finansowym wykazała, iż jest ona zgodna z warunkami rynkowymi w państwach, z których wykonawcy i ich podwykonawcy mieli świadczyć wymagane usługi".

Postępowanie przed Sądem i zaskarżony wyrok

8 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 2 września 2020 r. [spółki S2U] wniosły skargę mającą na celu stwierdzenie nieważności spornej decyzji.

9 Na poparcie skargi podniosły one dwa zarzuty. Zarzut pierwszy dotyczy naruszenia pkt 23 załącznika I do rozporządzenia finansowego i oczywistego błędu w ocenie; zarzut drugi dotyczy braku uzasadnienia spornej decyzji w odniesieniu do ewentualnego rażąco niskiego charakteru wybranej oferty.

10 W zaskarżonym wyroku Sąd uwzględnił zarzut drugi, który postanowił zbadać na wstępie.

11 W pkt 38–54 zaskarżonego wyroku Sąd streścił zasady dotyczące obowiązku uzasadnienia ciążącego na instytucji zamawiającej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego Unii, wynikające głównie z art. 170 rozporządzenia finansowego i z pkt 23 załącznika I do tego rozporządzenia, a także z dotyczącego ich orzecznictwa.

12 W szczególności z pkt 47–49 tego wyroku wynika, że dokonywana przez instytucję zamawiającą ocena istnienia rażąco niskich ofert odbywa się dwuetapowo. W pierwszej kolejności instytucja zamawiająca ocenia prima facie, a nie na podstawie szczegółowej analizy elementów składowych każdej oferty, czy cena lub koszty zaproponowane w ofercie „wydają się" rażąco niskie. W przypadku braku wskazówek mogących wzbudzić podejrzenie, że może ona być rażąco niska, instytucja zamawiająca może kontynuować swoją ocenę i postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia. Natomiast w przypadku wystąpienia takich wskazówek instytucja zamawiająca powinna w drugiej kolejności sprawdzić w sposób bardziej szczegółowy elementy składowe tej oferty, aby upewnić się, że nie jest ona rażąco niska. W tym celu powinna ona przede wszystkim umożliwić danemu oferentowi przedstawienie powodów, dla których uważa, że jego oferta nie jest rażąco niska. Następnie instytucja zamawiająca powinna ocenić przedstawione wyjaśnienia i ustalić, czy dana oferta ma rażąco niski charakter, w którym to przypadku jest ona zobowiązana do jej odrzucenia.

13 W pkt 51–53 tego wyroku Sąd przypomniał, że obowiązek uzasadnienia spoczywający na instytucji zamawiającej, gdy uzna ona, że wybrana oferta nie wydaje się rażąco niska, ma ograniczony zakres. W szczególności, jeżeli wybierze ona ofertę, nie musi wyraźnie wskazać w odpowiedzi na dowolny wniosek o uzasadnienie skierowany do niej na podstawie art. 170 ust. 3 rozporządzenia finansowego powodów, dla których wybrana przez nią oferta nie wydawała jej się rażąco niska. Przyjęcie oferty świadczy bowiem w sposób dorozumiany, lecz niewątpliwy, o braku wskazówek świadczących o tym, że oferta była rażąco niska. Należy natomiast podać dokładne uzasadnienie odrzuconemu oferentowi na jego wyraźny wniosek, aby poinformować go o istotnym aspekcie cech i zalet wybranej oferty w rozumieniu art. 170 ust. 3 tego rozporządzenia. W tym względzie Sąd uznał w pkt 54 tego wyroku, że nie wystarczy, aby instytucja zamawiająca ograniczyła się do stwierdzenia, że oferta wybrana w ramach postępowania o udzielenie zamówienia nie jest rażąco niska.

14 W pkt 55 zaskarżonego wyroku Sąd wskazał, że w niniejszej sprawie Komisja ograniczyła się w pierwszej kolejności zgodnie z art. 170 rozporządzenia finansowego i pkt 31 załącznika I do tego rozporządzenia do poinformowania spółek S2U, że ich oferta została odrzucona, załączając wyciąg ze sprawozdania komisji przetargowej dotyczący ich oferty. Następnie, na pisemny wniosek tych ostatnich, Komisja ograniczyła się do podania im nazwy wybranego oferenta, ceny wybranej oferty, jego wyniku finansowego oraz stosunku jakości do ceny wyrażonego w końcowym wyniku. Zdaniem Sądu przekazane w ten sposób szczegóły nie dotyczyły w żaden sposób badania ceny wybranej oferty w świetle jej ewentualnego rażąco niskiego charakteru.

15 W pkt 59 tego wyroku Sąd przypomniał, że zamówienie zostało udzielone z powodu znacznej różnicy między cenami zaproponowanymi przez spółki S2U i przez wybranego oferenta. W tym kontekście spółki S2U zwróciły się do Komisji, jak przypomniano w pkt 56 tego wyroku, o potwierdzenie w szczególności tego, że zweryfikowała ona, iż z uwagi na jej cenę wybrana oferta nie wiązała się ani z ryzykiem „dumpingu socjalnego", ani z ryzykiem dotyczącym wykonania umowy.

16 W pkt 57 i 66 zaskarżonego wyroku Sąd wskazał, że chociaż spółki S2U nie powołały się wyraźnie na pojęcie „rażąco niskiej oferty", to jednak wyraźnie wskazały potencjalne konsekwencje nierozłącznie związane ze złożeniem takiej oferty, a mianowicie ryzyko dumpingu socjalnego i ryzyko dla ciągłości świadczenia usług.

17 W pkt 58 tego wyroku Sąd uznał, że w odpowiedzi z dnia 20 lipca 2020 r. Komisja ograniczyła się do odpowiedzi, iż szczegółowa analiza wybranej oferty pod względem finansowym wykazała, że jest ona zgodna z warunkami rynkowymi w państwach, z których wykonawcy i ich podwykonawcy mieli świadczyć wymagane usługi.

18 W pkt 60 i 61 wspomnianego wyroku Sąd uznał, że takie stwierdzenie było niewystarczające, biorąc pod uwagę fakt, że w odniesieniu do części A złożono tylko dwie oferty, w związku z czym istniał tylko jeden element porównawczy pozwalający ustalić, czy istniała wskazówka, że cenę wybranej oferty można było uznać za rażąco niską. Biorąc bowiem pod uwagę, że kryterium ceny miało decydujące znaczenie dla klasyfikacji ofert, a cena wybranej oferty stanowiła jej jedyną korzyść, Komisja powinna była dostarczyć co najmniej informacji dotyczących udziału procentowego odpowiadającego udziałowi w zamówieniu, które miało być wykonane za pomocą podwykonawców, a także państw, z których usługi te miały być świadczone.

19 Ponadto, jeżeli Komisja przekazałaby te informacje, jak uczyniła to w odpowiedzi na skargę i podczas rozprawy przed Sądem, spółki S2U mogłyby lepiej zrozumieć powody różnicy cen między dwiema ofertami. Tego rodzaju informacje pozwoliłyby również spółkom S2U na uzyskanie wystarczających informacji, aby poznać powody, dla których Komisja uznała, że wybrana oferta nie wydawała się rażąco niska, a zatem aby móc ewentualnie zakwestionować zasadność tej oceny.

20 W pkt 68 wspomnianego wyroku Sąd uznał, że nie można dopuścić, by instytucja zamawiająca poprzestała na powołaniu się na pkt 23.1 załącznika I do rozporządzenia finansowego i tym samym uchylała się od przewidzianego w art. 170 ust. 3 tego rozporządzenia obowiązku poinformowania odrzuconego oferenta, który o to zwróci się na piśmie, o cechach i zaletach wybranej oferty, w szczególności o powodach, dla których oferta ta nie wydawała się rażąco niska. Zdaniem Sądu Komisja nie mogła zatem ograniczyć się do stwierdzenia, że nie uznała, iż wybrana oferta wydawała się rażąco niska, bez wyjaśnienia spółkom S2U, które złożyły o to wyraźny wniosek, powodów, które doprowadziły ją do takiego wniosku.

21 Wreszcie w pkt 69 zaskarżonego wyroku Sąd uznał za spóźnione wyjaśnienia przedstawione przez Komisję w toku postępowania, zgodnie z którymi znaczna część usług przewidzianych w wybranej ofercie została zlecona podwykonawcom, głównie w Grecji i w Rumunii, w związku z czym różnice w wynagrodzeniach związane z miejscami świadczenia usług miałyby wyjaśniać istotną różnicę cen między złożonymi ofertami. Sąd przypomniał, że można uwzględnić jedynie te informacje, które spółki S2U otrzymały przed złożeniem do niego skargi, ponieważ co do zasady nie można przedstawić uzasadnienia po raz pierwszy i a posteriori przed sądem.

22 Z uwagi na powyższe rozważania Sąd uznał w pkt 70 i 71 tego wyroku, że biorąc pod uwagę informacje przekazane im przez Komisję, spółki S2U nie mogły zapoznać się ze wszystkimi informacjami dotyczącymi elementów składowych oferty wybranego oferenta, które pozwoliły Komisji uznać, że nie wydawała się ona rażąco niska. Sąd uwzględnił zatem zarzut drugi spółki S2 U i stwierdził nieważność spornej decyzji, nie uznając za konieczne zbadania pierwszego zarzutu skargi.

Żądania stron

23 W swoim odwołaniu Komisja wnosi do Trybunału o:

– uchylenie pkt 52–57, 60, 61, 66, 68 i 69 zaskarżonego wyroku;

– oddalenie wniosku o stwierdzenie nieważności;

– obciążenie spółek S2U kosztami niniejszego postępowania przed Trybunałem i postępowania przed Sądem.

24 W replice Komisja wnosi również do Trybunału o:

– uznanie odwołania za dopuszczalne w całości;

– oraz uchylenie zaskarżonego wyroku.

25 Spółki S2U wnoszą do Trybunału o:

– tytułem żądania głównego – oddalenie odwołania w całości i obciążenie Komisji wszystkimi kosztami postępowania;

– tytułem żądania ewentualnego, w razie uznania odwołania za zasadne, o przekazanie sprawy Sądowi do ponownego rozpoznania.

W przedmiocie odwołania

W przedmiocie zarzutu niedopuszczalności podniesionego przez spółki S2U

Argumentacja stron

26 Spółki S2U podnoszą zarzut niedopuszczalności odwołania ze względu na naruszenie przez Komisję art. 169 i 170 regulaminu postępowania. Komisja wnosi bowiem jedynie o uchylenie pkt 52–57, 60, 61, 66, 68 i 69 zaskarżonego wyroku, nie domagając się w konsekwencji stwierdzenia nieważności w całości lub w części rozstrzygnięcia zawartego w sentencji tego wyroku w rozumieniu art. 169 § 1 tego regulaminu.

27 Komisja nie kwestionuje również pkt 70 i 71 zaskarżonego wyroku i w związku z tym należy uznać, że zgodziła się z nimi. Tymczasem zawierają one wniosek z rozumowania, które zasadniczo doprowadziło Sąd do stwierdzenia, po pierwsze, że spółki S2U nie znały informacji dotyczących elementów składowych oferty wybranego oferenta, na podstawie których Komisja uznała, że oferta ta nie wydawała się rażąco niska, a po drugie, że Komisja niewystarczająco przedstawiła powody mogące uzasadnić ten wniosek, w związku z czym należy stwierdzić nieważność spornej decyzji bez konieczności badania zarzutu pierwszego.

28 Spółki S2U wnoszą również o stwierdzenie niedopuszczalności nowego żądania sformułowanego przez Komisję w replice, zmierzającego, po pierwsze, do stwierdzenia dopuszczalności odwołania w całości, a po drugie, do uchylenia tego wyroku.

29 Komisja wnosi o oddalenie zarzutu niedopuszczalności.

Ocena Trybunału

30 Na wstępie należy zauważyć, jak podnosi Komisja w replice, że spółki S2U nie przedstawiają żadnego argumentu na poparcie naruszenia art. 170 regulaminu postępowania. Wynika z tego, że zarzut niedopuszczalności należy badać jedynie w świetle art. 169 tego regulaminu.

31 W tym względzie podstawowa zasada, zgodnie z którą odwołanie powinno być skierowane przeciwko sentencji orzeczenia Sądu, bez możliwości ograniczenia się do zmiany niektórych elementów uzasadnienia tego orzeczenia, wynika z § 1 tego ostatniego przepisu (zob. podobnie wyroki: z dnia 15 listopada 2012 r., Al-Aqsa/Rada i Niderlandy/Al-Aqsa, C-539/10 P i C-550/10 P, EU:C:2012:711, pkt 43–45; a także z dnia 16 lipca 2020 r., Inclusion Alliance for Europe/Komisja, C-378/16 P, EU:C:2020:575, pkt 57). Jednakże Trybunał wyjaśnił również, że nadmierny formalizm stosowania tej zasady byłby sprzeczny z tym orzecznictwem (zob. podobnie wyrok z dnia 16 lipca 2020 r., Inclusion Alliance for Europe/Komisja, C-378/16 P, EU:C:2020:575, pkt 59, 60).

32 W niniejszej sprawie w części odwołania zatytułowanej „Żądania" Komisja wniosła jedynie do Trybunału o uchylenie pkt 52–57, 60, 61, 66, 68 i 69 zaskarżonego wyroku, oddalenie skargi o stwierdzenie nieważności wniesionej do Sądu przez spółki S2U i obciążenie spółek S2U wszystkimi kosztami postępowania.

33 Jednakże z tytułowej strony odwołania wniesionego przez Komisję jasno wynika, że wnosi ona formalnie o uchylenie zaskarżonego wyroku. Ponadto, chociaż wnosząca odwołanie nie zażądała wyraźnie uchylenia tego wyroku w punkcie odwołania zawierającym żądania, to jednak na końcu rozważań poświęconych każdemu z trzech zarzutów podniesionych na poparcie odwołania wskazała ona punkty tego wyroku, które wydają się jej dotknięte naruszeniem prawa, i wyraźnie wywnioskowała z tego, że pkt 1 sentencji wspomnianego wyroku również należy uchylić w zakresie, w jakim wspomniane punkty stanowią jego podstawę.

34 W tych okolicznościach, nawet jeśli żądania odwołania sensu stricto nie mają wyraźnie na celu uchylenia pkt 1 sentencji zaskarżonego wyroku, nie mogą one być postrzegane inaczej niż jako zasadniczo zmierzające do tego samego rezultatu. W tym względzie z lektury odpowiedzi na odwołanie i dupliki złożonych przez spółki S2U jest oczywiste, że doskonale zrozumiały one rozumowanie przedstawione przez Komisję w odwołaniu i jego konsekwencje dla pkt 1 sentencji zaskarżonego wyroku.

35 Jeśli chodzi o argument oparty na tym, że Komisja nie zakwestionowała pkt 70 i 71 tego wyroku, to nie może on zostać uwzględniony. Te dwa punkty uzasadnienia mają bowiem jedynie charakter redakcyjny i ograniczają się do wyciągnięcia konsekwencji z punktów, które Komisja wyraźnie zakwestionowała. W związku z tym, nawet jeśli byłoby lepiej, aby Komisja również je zakwestionowała, to zaniechanie to nie może mieć konsekwencji.

36 W konsekwencji należy oddalić zarzut niedopuszczalności podniesiony przez spółki S2U.

Co do istoty

37 Na poparcie odwołania Komisja przedstawia trzy zarzuty. W zarzucie pierwszym podnosi ona, że Sąd naruszył prawo poprzez zakwalifikowanie wniosku z dnia 10 lipca 2020 r. jako „wyraźnego wniosku" mającego na celu uzyskanie powodów, dla których instytucja zamawiająca nie uznała wybranej oferty za rażąco niską. Zarzut drugi dotyczy przeinaczenia treści odpowiedzi z dnia 20 lipca 2020 r. W zarzucie trzecim Komisja podnosi naruszenie zakresu obowiązku uzasadnienia ciążącego na instytucji zamawiającej na mocy art. 296 TFUE i art. 170 ust. 3 rozporządzenia finansowego.

W przedmiocie zarzutu pierwszego dotyczącego naruszenia prawa przez Sąd poprzez zakwalifikowanie wniosku z dnia 10 lipca 2020 r. jako „wyraźnego wniosku" mającego na celu uzyskanie powodów, dla których instytucja zamawiająca nie uznała wybranej oferty za rażąco niską

– *Argumentacja stron*

38 W ramach zarzutu pierwszego Komisja utrzymuje, że pkt 52–57 zaskarżonego wyroku zawierają sprzeczności, które doprowadziły w pkt 66 i 68 tego wyroku do błędnej kwalifikacji prawnej okoliczności faktycznych przez Sąd.

39 Z wyroku z dnia 4 lipca 2017 r., European Dynamics Luxembourg i in./Agencja Kolejowa Unii Europejskiej (T-392/15, EU:T:2017:462, pkt 93) wynika bowiem, że jedynie na wyraźny wniosek oferenta, a mianowicie na wniosek, który wyraźnie wskazuje na rażąco niski charakter oferty wybranej przez instytucję zamawiającą, instytucja zamawiająca powinna uzasadnić powód, dla którego uważa, że wybrana przez nią oferta nie wydaje się jej rażąco niska.

40 Tymczasem ów wymóg wyraźnego żądania, który został podkreślony w pkt 52 i 63–65 zaskarżonego wyroku, nie został spełniony w niniejszej sprawie, ponieważ Sąd stwierdził w pkt 57 tego wyroku, że we wniosku z dnia 10 lipca 2020 r. „[spółki S2U] nie powołały się wyraźnie na pojęcie rażąco niskiej oferty".

41 Zdaniem Komisji okoliczność, że oferent wskazuje na „jedną z potencjalnych konsekwencji nierozłącznie związanych ze złożeniem rażąco niskiej oferty, a mianowicie ryzyko dumpingu socjalnego […] i ryzyko dla ciągłości świadczenia usług", nie może być utożsamiana z wyraźnym wnioskiem ani wystarczająca do powstania po stronie instytucji zamawiającej obowiązku uzasadnienia powodów, dla których oferta nie wydawała mu się rażąco niska. Oba przywołane rodzaje ryzyka nie są bowiem ani porównywalne, ani równoważne z koncepcją rażąco niskiej oferty.

42 W tym względzie pojęcie „dumpingu socjalnego", które nie zostało zdefiniowane w prawie Unii, nie zostało wymienione w pkt 23.1 załącznika I do rozporządzenia finansowego, w którym wymieniono elementy, jakie należy wziąć pod uwagę przy ocenie rażąco niskiego charakteru oferty. Ponadto, chociaż spółki S2U powołały się we wniosku z dnia 10 lipca 2020 r. na ryzyko dla ciągłości świadczenia usług, ryzyko to również nie zostało wymienione w tym przepisie. Ponadto spółki S2U zwróciły się do instytucji zamawiającej jedynie z pytaniem o istnienie ryzyka dumpingu socjalnego.

43 W konsekwencji Sąd miałby zobowiązać instytucję zamawiającą, nawet gdy nie złożono do niej wyraźnego wniosku, do zaangażowania się w wykładnię teleologiczną pytań zadanych przez oferenta, zamiast trzymać się wykładni literalnej tych pytań, jak wynika z wyroku z dnia 26 kwietnia 2018 r., European Dynamics Luxembourg i Evropaïki Dynamiki/Komisja (T-752/15, niepublikowanego, EU:T:2018:233, pkt 78–81). Ta nowa wykładnia stwarzałaby ponadto niepewność prawną, ponieważ instytucje zamawiające nie wiedzą, czy muszą zrównać każdy wniosek, który powołuje się na jeden z „potencjalnych skutków rażąco niskiej oferty", z wyraźnym wnioskiem mającym na celu poznanie powodów, dla których instytucja zamawiająca nie miała wątpliwości co do rażąco niskiego charakteru wybranej oferty.

44 Ponadto Komisja nie zgodziła się z uznaniem wniosku z dnia 10 lipca 2020 r. za wyraźny wniosek dotyczący rażąco niskiego charakteru oferty, co wynika z pkt 66 i 68 zaskarżonego wyroku.

45 Spółki S2U twierdzą, że pierwszy zarzut odwołania jest niedopuszczalny w zakresie, w jakim wzywa Trybunał do dokonania oceny okoliczności faktycznych pojęcia „wyraźnego żądania". Posiłkowo spółki S2U twierdzą, że zarzut ten należy oddalić jako bezzasadny.

– *Ocena Trybunału*

46 W zarzucie pierwszym, skierowanym przeciwko pkt 52–57, 66 i 68 zaskarżonego wyroku, Komisja zasadniczo zarzuca Sądowi, że naruszył prawo, uznając wniosek z dnia 10 lipca 2020 r. za wniosek zmierzający wyraźnie do tego, by instytucja zamawiająca przedstawiła powody, dla których wybrana oferta nie wydawała jej się rażąco niska.

47 W tym względzie w zakresie, w jakim spółki S2U utrzymują, że zarzut pierwszy jest niedopuszczalny, ponieważ wzywa Trybunał do dokonania oceny okoliczności faktycznych w ramach pojęcia „wyraźnego wniosku", należy przypomnieć, że dokonana przez Sąd kwalifikacja prawna okoliczności faktycznych lub aktu jest kwestią prawną, która może zostać podniesiona w ramach odwołania (wyroki: z dnia 19 października 1995 r., Rendo i in./Komisja, C-19/93 P, EU:C:1995:339, pkt 26; z dnia 12 maja 2022 r., Klein/Komisja, C-430/20 P, EU:C:2022:377, pkt 41). Wynika z tego, że kwestia, czy wniosek z dnia 10 lipca 2020 r. stanowi „wyraźny" wniosek, czyli wniosek dotyczący powodów, dla których instytucja zamawiająca nie uznała wybranej oferty za rażąco niską w rozumieniu art. 170 ust. 3 lit. a) rozporządzenia finansowego w związku z pkt 23 załącznika I do tego rozporządzenia, jest kwestią prawną, która może zostać zbadana na etapie odwołania. Zarzut ten jest zatem dopuszczalny.

48 Co do istoty należy zauważyć, że art. 170 ust. 3 lit. a) rozporządzenia finansowego daje wszystkim oferentom, którzy nie zostali wykluczeni i których oferta została uznana za zgodną z dokumentami zamówienia, uprawnienie do żądania na piśmie od instytucji zamawiającej informacji takich jak nazwa oferenta, któremu udzielono zamówienia, a także cechy i zalety wybranej oferty, zapłacona cena lub wartość zamówienia, w zależności od tego, co jest właściwe.

49 Odrzucony oferent może zatem skorzystać z możliwości przewidzianej w tym przepisie w celu wezwania instytucji zamawiającej do uzasadnienia decyzji o nieuznaniu wybranej oferty za rażąco niską ofertę w rozumieniu pkt 23 załącznika I do tego rozporządzenia. Takie wezwanie może okazać się użyteczne, ponieważ uznaje się, że przyjmując ofertę, instytucja zamawiająca doszła do wniosku, przynajmniej w sposób dorozumiany, że nie istniały przesłanki wskazujące na to, że była ona rażąco niska.

50 Przewidziana w ten sposób w art. 170 ust. 3 lit. a) rozporządzenia finansowego możliwość w związku z pkt 23 załącznika I do tego rozporządzenia ma na celu ochronę wszystkich odrzuconych oferentów na ostatnim etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed arbitralnością instytucji zamawiającej i zapewnienie zdrowej konkurencji między oferentami (zob. analogicznie wyrok z dnia 27 listopada 2001 r., Lombardini i Mantovani, C-285/99 i C-286/99, EU:C:2001:640, pkt 44, 57).

51 Sąd słusznie zatem orzekł w pkt 52 zaskarżonego wyroku, że instytucja zamawiająca jest zobowiązana do wyraźnego wskazania powodów, dla których wybrana przez nią oferta nie wydawała jej się rażąco niska, tylko wtedy, gdy odrzucony oferent wyraźnie tego zażądał.

52 W tym względzie, o ile lepiej jest, aby taki oferent odnosił się dosłownie do pojęcia „rażąco niskiej oferty" w rozumieniu pkt 23 załącznika I do rozporządzenia finansowego, gdy zamierza zwrócić się do instytucji zamawiającej w tej kwestii, o tyle wyraźne odniesienie do tego pojęcia nie wydaje się jednak niezbędne. Po pierwsze bowiem, „wyraźnego wniosku" do celów art. 170 ust. 3 lit. a) tego rozporządzenia nie można mylić z wyraźnym sformułowaniem „rażąco niskiej oferty". Po drugie, ponieważ art. 170 ust. 3 lit. a) wspomnianego rozporządzenia nie posługuje się bezpośrednio tym wyrażeniem, lecz odnosi się do ogólnych pojęć „charakterystyki i względnej przewagi zwycięskiej oferty", wystarczy, by wyraźny wniosek wskazywał z wystarczającą precyzją i jasnością takie cechy charakterystyczne i przewagę, bez konieczności powtarzania dokładnej terminologii pozostałych przepisów tego rozporządzenia.

53 Niemniej jednak istotne jest, aby wniosek odrzuconego oferenta został sformułowany w taki sposób, aby nie pozostawiał on żadnych wątpliwości co do jego zamiaru skłonienia instytucji zamawiającej do uzasadnienia jej decyzji o nieuznaniu wybranej oferty za rażąco niską. Jest tak, w przypadku gdy – tak jak w niniejszej sprawie – odrzucony oferent sygnalizuje instytucji zamawiającej dwie znane potencjalne konsekwencje wyboru rażąco niskiej oferty, takie jak ryzyko dumpingu socjalnego i ryzyko zagrożenia dla ciągłości usług.

54 Związek między takim ryzykiem a pojęciem „rażąco niskiej oferty" wynika jasno z pkt 23.1 lit. a), b), d) i e) załącznika I do rozporządzenia finansowego, który przewiduje w tym względzie, że w celu ustalenia, czy oferta nie jest rażąco niska, instytucja zamawiająca może wziąć pod uwagę w szczególności ekonomikę procesu produkcyjnego, świadczenia usług lub procesu budowy; wybrane rozwiązania techniczne lub wszelkie wyjątkowo korzystne warunki, dostępne dla oferenta; a także przestrzeganie przez oferenta lub jego podwykonawców mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy.

55 W związku z tym Sąd słusznie uznał w pkt 56 i 57 zaskarżonego wyroku, że spółki S2U wyraźnie wskazały na potencjalne konsekwencje nierozłącznie związane ze złożeniem rażąco niskiej oferty. Aby dojść do takiego wniosku, Sąd wskazał, że spółki S2U powołały się na realistyczną i konkurencyjną cenę ich własnej oferty, biorąc pod uwagę warunki zamówienia, ich doświadczenie jako kontrahenta Komisji oraz ryzyko związane z wykonaniem umowy, jakie wiązałoby się z ofertą, której cena była znacznie niższa od ceny oferowanej przez spółki S2U.

56 Ponadto Sąd podkreślił, że spółki S2U zwróciła się do Komisji o potwierdzenie w szczególności, że zweryfikowała ona, iż wybrana oferta nie wiązała się z ryzykiem „dumpingu socjalnego" z uwagi na jej cenę. W ten sposób Sąd słusznie uznał, że spółki S2U zamierzały podkreślić, iż wybrana oferta mogła nie być zgodna z ustawodawstwem państw, w których usługi miały być świadczone

w zakresie wynagrodzenia personelu, składek na system zabezpieczenia społecznego oraz bezpieczeństwa i zdrowia w miejscu pracy, w związku z czym oferta ta mogła również stanowić zagrożenie dla ciągłości świadczenia usług.

57 W związku z tym Sąd mógł, nie naruszając prawa, zakwalifikować w pkt 66 i 68 zaskarżonego wyroku wniosek z dnia 10 lipca 2020 r. jako „wyraźny wniosek" dotyczący powodów, dla których instytucja zamawiająca nie uznała wybranej oferty za rażąco niską.

58 Zarzut pierwszy należy zatem oddalić jako bezzasadny.

W przedmiocie zarzutu trzeciego dotyczącego naruszenia zakresu obowiązku uzasadnienia ciążącego na instytucji zamawiającej na mocy art. 296 TFUE i art. 170 ust. 3 rozporządzenia finansowego

– *Argumentacja stron*

59 Komisja zarzuca Sądowi naruszenie prawa poprzez nieuwzględnienie zakresu obowiązku uzasadnienia ciążącego na instytucji zamawiającej na mocy art. 296 TFUE i art. 170 ust. 3 rozporządzenia finansowego.

60 W pierwszej kolejności Komisja utrzymuje, że rozumowanie przedstawione przez Sąd z jednej strony w pkt 51 i 52 tego wyroku, a z drugiej strony w jego pkt 53, 54, 60, 61 i 68 zawiera sprzeczności w odniesieniu do zakresu obowiązku uzasadnienia i prowadzi do pominięcia dwuetapowej oceny przez instytucję zamawiającą ofert, które wydają się rażąco niskie, przewidzianej w pkt 23 załącznika I do rozporządzenia finansowego. Ponadto, ustanawiając tak szeroki obowiązek uzasadnienia, Sąd przekroczył przepisy art. 170 § 3 tego regulaminu, który nie wymienia rażąco niskiego charakteru oferty jako elementu uzasadnienia.

61 W pkt 51 tego wyroku Sąd potwierdził, że na pierwszym etapie analizy, to znaczy, w sytuacji gdy instytucja zamawiająca uznała, iż oferta nie wydawała się rażąco niska, obowiązek uzasadnienia ma jedynie ograniczony zakres. Nadanie bardziej kompletnego zakresu obowiązkowi uzasadnienia na tym etapie analizy, która opiera się na ocenie prima facie, sprowadzałoby się do nałożenia na instytucję zamawiającą probatio diabolica.

62 Zatem jedynie w razie wątpliwości co do rażąco niskiego charakteru oferty instytucja zamawiająca jest zobowiązana skonsultować się z danym oferentem, aby dysponować większą ilością informacji dotyczących składników ceny i kosztów. Na tym drugim etapie analizy, ponieważ instytucja zamawiająca mogła dokonać szczegółowej weryfikacji oferty, zakres obowiązku uzasadnienia jest pełny, jak orzekł Sąd w wyroku z dnia 4 lipca 2017 r., European Dynamics Luxembourg i in./Agencja Kolejowa Unii Europejskiej (T-392/15, EU:T:2017:462, pkt 91).

63 Jednakże, wbrew ograniczonemu zakresowi obowiązku uzasadnienia, podkreślonemu w pkt 51 zaskarżonego wyroku, Sąd stwierdził w ostatnim zdaniu zawartym w pkt 52 tego wyroku, że w przypadku gdy oferta nie wydaje się rażąco niska, powody uzasadniające taki brak widocznych wskazówek muszą zostać podane, jeżeli do instytucji zamawiającej zostanie skierowany wyraźny wniosek, oraz że powody te, jak również leżące u ich podstaw rozumowanie, stanowią cechy charakterystyczne i przewagi w rozumieniu art. 170 ust. 3 rozporządzenia finansowego. Rozumowanie Sądu jest wewnętrznie sprzeczne, ponieważ oznacza, że samo wyraźne żądanie odrzuconego oferenta dotyczące rażąco niskiego charakteru oferty prowadzi do usunięcia

wszelkiego rozróżnienia między zakresem obowiązku uzasadnienia na pierwszym etapie, który jest rzekomo ograniczony, i na drugim etapie analizy, na którym należy przedstawić powody i rozumowanie.

64 Sprzeczność ta doprowadziła Sąd do błędnego stwierdzenia w pkt 60 i 61 zaskarżonego wyroku, że uzasadnienie przedstawione przez Komisję jest niewystarczające, a zatem że Komisja „powinna była, aby w sposób właściwy ustosunkować się do wniosku [spółek S2U], dostarczyć przynajmniej informacji dotyczących procentowej części zamówienia, która miała być wykonana w ramach usług podwykonawstwa, a także dotyczących państw, z których usługi te miały być świadczone".

65 W drugiej kolejności Komisja podnosi, że w pkt 69 zaskarżonego wyroku Sąd zarzuca jej, iż dopiero w toku postępowania udzieliła spółkom S2U dodatkowych wyjaśnień w przedmiocie istotnej różnicy cen między ofertami. Postępując w ten sposób, Sąd miałby pomylić obowiązek uzasadnienia na etapie administracyjnym postępowania przetargowego z ciążącym na Komisji jako na stronie pozwanej obowiązkiem przedstawienia wyjaśnień i informacji w ramach kontroli sądowej, co tym samym zwiększyłoby ciążący na Komisji obowiązek uzasadnienia bez żadnej podstawy prawnej.

66 Trybunał orzekł już jednak w wyroku z dnia 14 października 2020 r., Close i Cegelec/Parlament (C-447/19 P, niepublikowany, EU:C:2020:826, pkt 43, 44), że „biorąc pod uwagę rolę poszczególnych oferentów i organów kontrolnych, nie można wymagać, by informacje, jakie instytucja zamawiająca powinna przekazać odrzuconemu oferentowi w ramach ciążącego na niej obowiązku uzasadnienia, były całkowicie identyczne z informacjami, jakich instytucja zamawiająca powinna udzielić organom sądowym w ramach kontroli przez te organy zgodności z prawem decyzji o udzieleniu zamówienia. Ponadto okoliczność, że dokumenty przekazane Sądowi w ramach środka dowodowego są następnie również przekazywane stronie skarżącej, w razie potrzeby w wersji jawnej, jest objęta zakresem kontradyktoryjności i nie oznacza jednak, że instytucja zamawiająca na podstawie przepisów prawa Unii powinna była przedstawić te dokumenty już w ramach uzasadnienia".

67 Spółki S2U podnoszą, że zarzut trzeci jest bezzasadny.

– *Ocena Trybunału*

68 Trybunał uważa za właściwe zbadanie zarzutu trzeciego przed zarzutem drugim.

69 W pierwszej kolejności należy zbadać argument Komisji, zgodnie z którym rozumowanie przedstawione przez Sąd z jednej strony w pkt 51 i 52 zaskarżonego wyroku, a z drugiej strony w pkt 53, 54, 60, 61 i 68 tego wyroku, zawiera sprzeczności dotyczące zakresu obowiązku uzasadnienia i prowadzi do naruszenia zarówno art. 170 ust. 3 rozporządzenia finansowego, jak i pkt 23 załącznika I do tego rozporządzenia.

70 Na wstępie należy zauważyć, że w pkt 51–54 zaskarżonego wyroku Sąd streścił swoje własne orzecznictwo dotyczące obowiązku uzasadnienia przez instytucję zamawiającą jej decyzji o nieuznaniu wybranej oferty za rażąco niską.

71 Punkty te należy jednak interpretować w świetle pkt 47–50 tego wyroku, które stanowią jedynie ich rozwinięcie i które nie są kwestionowane przez Komisję. Sąd podkreślił tam, że przeprowadzenie przez instytucję zamawiającą oceny istnienia rażąco niskich ofert powinno odbywać się dwuetapowo. W pierwszej kolejności instytucja zamawiająca powinna ocenić, czy

cena lub koszty zaproponowane w ofercie „wydają się” rażąco niskie. Użycie czasownika „wydawać się” w pkt 23.1 załącznika I do rozporządzenia finansowego oznacza, że instytucja zamawiająca dokonuje oceny prima facie rażąco niskiego charakteru oferty, a nie że z urzędu przeprowadza ona szczegółową analizę elementów składowych każdej oferty w celu ustalenia, że nie stanowi ona oferty rażąco niskiej.

72 W związku z powyższym na tym pierwszym etapie instytucja zamawiająca musi jedynie ustalić, czy złożone oferty zawierają wskazówki mogące budzić podejrzenie, że mogłyby być rażąco niskie. Jest tak w szczególności wówczas, gdy cena zaproponowana w ofercie jest znacząco niższa od ceny innych ofert albo od zwykłej ceny rynkowej. Jeżeli złożone oferty nie zawierają takich wskazówek i nie wydają się przez to rażąco niskie, instytucja zamawiająca może prowadzić dalszą ocenę tej oferty i postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia.

73 W drugiej kolejności, jeżeli istnieją wskazówki świadczące o tym, że oferta może być rażąco niska, instytucja zamawiająca powinna zweryfikować elementy składowe oferty, aby upewnić się, że rzeczywiście tak nie jest. W tym celu powinna ona umożliwić danemu oferentowi przedstawienie powodów, dla których uważa, że jego oferta nie jest rażąco niska.

74 Następnie instytucja zamawiająca powinna ocenić przedstawione wyjaśnienia i ustalić, czy dana oferta ma rażąco niski charakter, w którym to przypadku jest zobowiązana odrzucić ofertę. W celu przedstawienia wystarczającego uzasadnienia okoliczności, że po przeprowadzeniu pogłębionej analizy wybrana oferta nie jest rażąco niska, instytucja zamawiająca powinna przedstawić rozumowanie, w oparciu o które, po pierwsze, stwierdziła, że ze względu na swoje cechy, głównie finansowe, oferta ta jest zgodna w szczególności z ustawodawstwem państwa, w którym usługi mają być świadczone, w zakresie wynagrodzenia personelu, składek na ubezpieczenie społeczne oraz przestrzegania norm bezpieczeństwa i zdrowia w miejscu pracy, a po drugie, sprawdziła, czy zaproponowana cena obejmuje wszystkie koszty związane z technicznymi aspektami wspomnianej oferty.

75 Punkt 51 zaskarżonego wyroku odnosi się do pierwszego etapu kontroli, o którym mowa w pkt 48 tego wyroku. W tym względzie Sąd wyjaśnił, że w zakresie, w jakim od instytucji zamawiającej wymagana jest jedynie kontrola prima facie, innymi słowy, od instytucji zamawiającej jest wymagana kontrola bez zagłębiania się w sprawę, instytucja ta podlega jedynie obowiązkowi uzasadnienia o ograniczonym zakresie, który może nawet sprowadzać się do uzasadnienia dorozumianego. Jak bowiem wynika z pkt 52 wspomnianego wyroku, sama okoliczność, że instytucja zamawiająca wybrała ofertę, oznacza zdaniem Sądu w sposób dorozumiany, lecz niewątpliwy, że nie istniały przesłanki wskazujące na to, że była ona rażąco niska.

76 Prawdą jest, że ostatnie zdanie tego pkt 52 nie jest pozbawione dwuznaczności. Sąd stwierdził w nim bowiem zasadniczo, że instytucja zamawiająca powinna podać do wiadomości odrzuconego oferenta na jego wyraźny wniosek powody, dla których wybrana przez nią oferta nie wydawała jej się rażąco niska. Tymczasem takie sformułowanie nie precyzuje, czy powody te wskazują względy, które skłoniły instytucję zamawiającą do uznania, że wybrana oferta nie jest rażąco niska prima facie, czy też przeciwnie, po przeprowadzeniu szczegółowej analizy.

77 Komisja twierdzi, że Sąd naruszył prawo, wymagając w pkt 60, 61 i 68 zaskarżonego wyroku, aby przedstawiła ona na pierwszym etapie analizy szczegółowe uzasadnienie odrzuconemu oferentowi, który wyraźnie zażądał od niej powodów, dla których nie uznała ona wybranej oferty za rażąco niską.

78 Taką wykładnię ostatniego zdania zawartego w pkt 52 zaskarżonego wyroku należy jednak odrzucić.

79 O ile prawdą jest, jak podkreślił Sąd w pkt 48 tego wyroku, że instytucja zamawiająca może dokonać zwykłej oceny prima facie rażąco niskiego charakteru oferty, o tyle ta pobieżna kontrola jest przeznaczona jedynie do użytku wewnętrznego i nie można jej przeciwstawić odrzuconemu oferentowi, który uzasadnia swoje wątpliwości co do tej oceny.

80 Wynika z tego, że jeżeli odrzucony oferent, który nie został wykluczony i który spełnia kryteria wyboru, zwraca się na piśmie i w uzasadniony sposób do instytucji zamawiającej o przedstawienie powodów, dla których nie uznała wybranej oferty za rażąco niską, instytucja ta jest zobowiązana do udzielenia szczegółowej odpowiedzi.

81 W tym kontekście pkt 23.1 załącznika I do rozporządzenia finansowego przewiduje, że jeżeli w przypadku danego zamówienia cena lub koszt podane w ofercie wydają się rażąco niskie, instytucja zamawiająca zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów dotyczących tych elementów składowych ceny lub kosztu, które uważa za istotne, oraz umożliwia oferentowi przedstawienie jego uwag. Brzmienie tego przepisu nie wyklucza, że wątpliwości co do rażąco niskiego charakteru wybranej oferty mogły zostać wywołane przez odrzuconego oferenta. Okoliczność, że taki oferent w sposób uzasadniony wskazuje na istnienie wątpliwości co do rażąco niskiego charakteru wybranej oferty, skutkuje zatem przeniesieniem instytucji zamawiającej do drugiego etapu kontroli.

82 Poza przypadkiem, w którym argumenty wysunięte przez odrzuconego oferenta są pozbawione znaczenia lub jakiegokolwiek uzasadnienia, instytucja zamawiająca jest zatem zobowiązana, po pierwsze, do przeprowadzenia szczegółowej analizy wybranej oferty w celu wykazania, że rzeczywiście nie ma ona rażąco niskiego charakteru, a po drugie, do poinformowania o tym w ogólnym zarysie odrzuconego oferenta, który wyraźnie zapytał ją o tę kwestię.

83 Każda inna wykładnia mogłaby pozbawić odrzuconego oferenta prawa do skutecznego środka prawnego zagwarantowanego w art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą”). Oferent nie ma bowiem możliwości dokonania oceny zasadności decyzji instytucji zamawiającej, zgodnie z którą wybrana oferta nie ma rażąco niskiego charakteru, gdyby instytucja zamawiająca mogła ograniczyć się do kategorycznego wskazania bez przedstawienia żadnego uzasadnienia w tym zakresie, że oferta ta wydaje jej się zgodna z warunkami rynkowymi państw, z których dane usługi mają być świadczone przez wykonawców i ich podwykonawców, lub też że cena wybranej oferty nie miała rażąco niskiego charakteru.

84 W niniejszej sprawie, jak to wskazał Sąd w pkt 60 zaskarżonego wyroku, jest tak, tym bardziej że instytucji zamawiającej zostały złożone tylko dwie oferty, że kryterium ceny było decydujące dla klasyfikacji ofert, a cena wybranej oferty była jedyną względną przewagą charakteryzującą tę ofertę. Ponadto, jak wynika z pkt 56 tego wyroku, doświadczenie spółek S2U jako kontrahenta Komisji powinno było również skłonić ją do uznania wyrażonych przez nie obaw, że wybrana oferta wiąże się z ryzykiem „dumpingu socjalnego”, a także z ryzykiem związanym z wykonaniem umowy, ponieważ cena zaproponowana przez wybranego oferenta była znacznie niższa od ceny ich oferty.

85 Sąd zatem słusznie orzekł w pkt 68 zaskarżonego wyroku, że Komisja nie mogła poprzestać na stwierdzeniu, że wybrana oferta nie wydawała jej się rażąco niska, bez wskazania spółkom S2U, które złożyły o to wyraźny wniosek, powodów, które doprowadziły ją do takiego wniosku.

86 W drugiej kolejności Komisja zarzuca Sądowi, że w pkt 60 i 69 zaskarżonego wyroku pomylił spoczywający na instytucji zamawiającej obowiązek uzasadnienia z uprawnieniem tej instytucji jako strony pozwanej do dochodzenia jej prawa do obrony ustanowionego w art. 47 ust. 2 karty.

87 Taka argumentacja jest oczywiście bezzasadna.

88 Okoliczność, że Komisja przedstawiła powody spornej decyzji w toku postępowania, nie może bowiem kompensować niewystarczającego charakteru pierwotnego uzasadnienia tej decyzji. Tymczasem uzasadnienie nie może zostać przedstawione po raz pierwszy i a posteriori przed sądem, chyba że zachodzą wyjątkowe okoliczności, które w braku pilnego charakteru nie występują w niniejszej sprawie (zob. podobnie wyroki: z dnia 26 listopada 1981 r., Michel/Parlament, 195/80, EU:C:1981:284, pkt 22; z dnia 28 czerwca 2005 r., Dansk Rørindustri i in./Komisja, C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P, EU:C:2005:408, pkt 463; a także z dnia 11 czerwca 2020 r., Komisja/Di Bernardo, C-114/19 P, EU:C:2020:457, pkt 51).

89 Umożliwienie danej instytucji odroczenia ciążącego na niej obowiązku uzasadnienia decyzji o uznaniu, że wybrana oferta nie jest rażąco niska, naruszałoby prawo do skutecznej ochrony sądowej odrzuconych oferentów, ponieważ powinni oni zapoznać się z uzasadnieniem aktu prawnego nie tylko w celu obrony swoich praw na najlepszych możliwych warunkach, lecz również w celu podjęcia decyzji z pełną znajomością sytuacji, czy celowe jest zwrócenie się do właściwego sądu (zob. podobnie wyroki: z dnia 15 października 1987 r., Heylens i in., 222/86, EU:C:1987:442, pkt 15; a także z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 120).

90 Ponadto Sąd w żaden sposób nie wymagał od Komisji, aby zapewniła ona, że informacje, które musi przekazać odrzuconemu oferentowi, z jednej strony, są całkowicie identyczne z informacjami dostarczonymi sądowi Unii, z drugiej strony. W związku z tym argument oparty w drodze analogii na wyroku z dnia 14 października 2020 r., Close i Cegelec/Parlament (C-447/19 P, niepublikowanym, EU:C:2020:826, pkt 43) jest pozbawiony znaczenia.

91 Należy zatem oddalić trzeci zarzut w całości jako bezzasadny.

W przedmiocie zarzutu drugiego dotyczącego przeinaczenia okoliczności faktycznych poprzez błędną ocenę treści odpowiedzi z dnia 20 lipca 2020 r.

– *Argumentacja stron*

92 W zarzucie drugim Komisja twierdzi, że Sąd przeinaczył treść odpowiedzi z dnia 20 lipca 2020 r., co doprowadziło go do błędnego uznania, że naruszyła ona obowiązek uzasadnienia ciążący na niej na mocy art. 170 ust. 3 rozporządzenia finansowego. Po słusznym wskazaniu w pkt 8 zaskarżonego wyroku, że Komisja stwierdziła w tej odpowiedzi, iż „szczegółowa analiza wybranej oferty pod względem finansowym wykazała, iż jest ona zgodna z warunkami rynkowymi w państwach, z których wykonawcy i ich podwykonawcy mieli świadczyć wymagane usługi”, Sąd błędnie uznał w pkt 61 i 68 tego wyroku, że we wspomnianej odpowiedzi Komisja ograniczyła się do uznania lub uzasadnienia przez zwykłe stwierdzenie, że cena wybranej oferty nie miała rażąco niskiego charakteru. Postępując w ten sposób, Komisja nie wyjaśniła skarżącym, które tego wyraźnie zażądały, powodów, dla których doszła do takiego wniosku.

93 Komisja podnosi, że w odpowiedzi z dnia 20 lipca 2020 r. nie zajęła ona stanowiska co do tego, czy wybrana oferta miała rażąco niski charakter. Ograniczyła się ona do udzielenia odpowiedzi na pytanie spółek S2U dotyczące dumpingu socjalnego, stwierdzając, że szczegółowa analiza wybranej przez nią oferty finansowej wykazała, iż zwycięska oferta jest zgodna z warunkami rynkowymi państw, z których wykonawcy i ich podwykonawcy będą świadczyć zamówione usługi.

94 Takie przeinaczenie treści odpowiedzi z dnia 20 lipca 2020 r. w połączeniu z błędem popełnionym przy kwalifikacji wniosku z dnia 10 lipca 2020 r. doprowadziło Sąd do błędnego stwierdzenia w pkt 68 zaskarżonego wyroku, że Komisja uchybiła ciążącemu na niej obowiązkowi uzasadnienia.

95 Spółki S2U twierdzą, że zarzut ten należy oddalić jako bezzasadny.

– *Ocena Trybunału*

96 W zarzucie drugim Komisja zasadniczo podnosi, że ponieważ nie otrzymała ona od spółek S2U wniosku zmierzającego wyraźnie do podania jej powodów, dla których Komisja uznała, że wybrana oferta nie miała rażąco niskiego charakteru, ograniczyła się do udzielenia odpowiedzi na wniosek spółek S2U dotyczący istnienia ryzyka dumpingu socjalnego. W związku z tym Sąd niesłusznie uznał, że w odpowiedzi z dnia 20 lipca 2020 r. stwierdzono, iż cena wybranej oferty nie miała rażąco niskiego charakteru, i tym samym wypaczył treść tej odpowiedzi.

97 Tymczasem w zakresie, w jakim z analizy zarzutu pierwszego wynika, że spółki S2U rzeczywiście zwróciły się do Komisji z „wyraźnym wnioskiem" dotyczącym rażąco niskiego charakteru wybranej oferty, instytucja ta powinna była zastosować się do szczególnych wymogów uzasadnienia wynikających z art. 170 ust. 3 i z pkt 23 załącznika I do rozporządzenia finansowego. Tak więc w celu zapewnienia odrzuconemu oferentowi prawa do skutecznego środka prawnego zagwarantowanego w art. 47 karty Komisja, jako instytucja zamawiająca, nie mogła ograniczyć się do twierdzenia, w sposób kategoryczny i bez przedstawienia jakiegokolwiek uzasadnienia w tym względzie, że wybrana oferta nie wiązała się z ryzykiem dumpingu socjalnego.

98 W tym względzie należy przypomnieć, że zagwarantowane w owym art. 47 prawo do skutecznego środka prawnego jest wystarczające samo w sobie i nie ma potrzeby jego doprecyzowania w przepisach prawa Unii, aby przyznać jednostkom prawo, na które mogą się one bezpośrednio powoływać (wyroki: z dnia 17 kwietnia 2018 r., Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, pkt 78; a także z dnia 14 lipca 2022 r., EPIC Financial Consulting, C-274/21 i C-275/21, EU:C:2022:565, pkt 83).

99 W tych okolicznościach, nawet przy założeniu, że Sąd, uznając, iż odpowiedź z dnia 20 lipca 2020 r. zawierała jedynie stwierdzenie, że cena wybranej oferty nie była rażąco niska, zniekształcił treść tej odpowiedzi, takie zniekształcenie nie może podważyć ustalenia zawartego w pkt 97 niniejszego wyroku, zgodnie z którym Komisja powinna przestrzegać szczególnych wymogów dotyczących uzasadnienia wynikających z art. 170 ust. 3 i z pkt 23 załącznika I do rozporządzenia finansowego, i że nie mogła ograniczyć się do stwierdzenia bez żadnego uzasadnienia, że wybrana oferta nie wiązała się z ryzykiem dumpingu socjalnego.

100 Zarzut drugi należy zatem oddalić jako bezskuteczny.

101 Ponieważ żaden z zarzutów podniesionych przez Komisję na poparcie odwołania nie został uwzględniony, odwołanie to należy oddalić w całości.

W przedmiocie kosztów

102 Zgodnie z art. 184 § 2 regulaminu postępowania, jeżeli odwołanie jest bezzasadne, Trybunał rozstrzyga o kosztach.

103 Zgodnie z art. 138 § 1 tego regulaminu, mającym zastosowanie do postępowania odwoławczego na podstawie art. 184 § 1 regulaminu, kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ spółki S2U wniosły o obciążenie Komisji kosztami postępowania, a ta przegrała sprawę, należy obciążyć ją kosztami postępowania.

Z powyższych względów Trybunał (ósma izba) orzeka, co następuje:

1) Odwołanie zostaje oddalone.

2) Komisja Europejska zostaje obciążona kosztami postępowania.

Podpisy