Zbirka odločb sodne prakse

SODBA SODIŠČA (osmi senat)

z dne 11. maja 2023*

„Pritožba – Poslovnik Sodišča – Člen 169 – Pritožba zoper izrek odločbe Splošnega sodišča – Javna naročila storitev – Postopek javnega razpisa – Uredba (EU, Euratom) 2018/1046 – Člen 170(3) – Točka 23 Priloge I – Neizbrani ponudnik, ki je Evropsko komisijo seznanil z indici v zvezi z neobičajno nizkostjo izbrane ponudbe – Obseg obveznosti obrazložitve, ki jo ima naročnik“

V zadevi C-101/22 P,

zaradi pritožbe na podlagi člena 56 Statuta Sodišča Evropske unije, vložene 10. februarja 2022,

Evropska komisija, ki jo zastopajo L. André, M. Ilkova in O. Verheecke, agenti,

pritožnica,

drugi stranki v postopku sta

Sopra Steria Benelux s sedežem v Bruslju (Belgija),

Unisys Belgium s sedežem v Bruslju,

ki ju zastopata L. Masson in G. Tilman, odvetnika,

tožeči stranki v postopku na prvi stopnji,

SODIŠČE (osmi senat),

v sestavi M. Safjan, predsednik senata, N. Piçarra in M. Gavalec (poročevalec), sodnika,

generalni pravobranilec: M. Campos Sánchez-Bordona,

sodni tajnik: A. Calot Escobar,

na podlagi pisnega postopka,

na podlagi sklepa, sprejetega po opredelitvi generalnega pravobranilca, da bo v zadevi razsojeno brez sklepnih predlogov,

izreka naslednjo

* Jezik postopka: francoščina.

Sodbo

1 Evropska komisija s pritožbo predlaga razveljavitev sodbe Splošnega sodišča Evropske unije z dne 1. decembra 2021, Sopra Steria Benelux in Unisys Belgium/Komisija (T-546/20, EU:T:2021:846, v nadaljevanju: izpodbijana sodba), s katero je to razglasilo ničnost njenega sklepa z dne 2. julija 2020, ki se nanaša, prvič, na zavrnitev skupne ponudbe, ki sta jo družbi Sopra Steria Benelux in Unisys Belgium (v nadaljevanju: tožeči stranki ali S2U) podali glede sklopa A, v okviru postopka javnega razpisa z referenčno številko TAXUD/2019/OP/0006, ki se nanaša na storitve specifikacije, razvoja, vzdrževanja in podpore na tretji ravni za informacijske platforme Generalnega direktorata za obdavčenje in carinsko unijo, in drugič, na oddajo naročila v zvezi s tem sklopom drugemu konzorciju, ki je oddal ponudbo (v nadaljevanju: sporni sklep).

Pravni okvir

Poslovnik Sodišča

2 Člen 169 Poslovnika Sodišča, naslovljen „Predlogi, razlogi in trditve iz pritožbe“, določa:

„1. S pritožbo se predlaga, naj se odločba Splošnega sodišča, kakor izhaja iz izreka te odločbe, v celoti ali deloma razveljavi.

2. V okviru navajanih pravnih razlogov in trditev se natančno opredelijo izpodbijani deli obrazložitve odločbe Splošnega sodišča.“

3 Člen 170 tega poslovnika, naslovljen „Predlogi v primeru ugoditve pritožbi“, v odstavku 1 določa:

„S pritožbo se predlaga, naj se, če se pritožba razglasi za utemeljeno, predlogom, podanim na prvi stopnji, v celoti ali deloma ugodi, pri čemer ni dovoljeno dajati novih predlogov. Pritožba ne more spreminjati predmeta spora pred Splošnim sodiščem.“

Finančna uredba

4 Člen 161 Uredbe (EU, Euratom) 2018/1046 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 18. julija 2018 o finančnih pravilih, ki se uporabljajo za splošni proračun Unije, spremembi uredb (EU) št. 1296/2013, (EU) št. 1301/2013, (EU) št. 1303/2013, (EU) št. 1304/2013, (EU) št. 1309/2013, (EU) št. 1316/2013, (EU) št. 223/2014, (EU) št. 283/2014 in Sklepa št. 541/2014/EU ter razveljavitvi Uredbe (EU, Euratom) št. 966/2012 (UL 2018, L 193, str. 1; v nadaljevanju: Finančna uredba), naslovljen „Priloga o javnem naročanju in prenosu pooblastil“, določa:

„Podrobna pravila o javnem naročanju so določena v Prilogi I k tej uredbi. Da se zagotovi, da institucije Unije pri oddajanju naročil za svoj račun uporabljajo enake standarde, kot so tisti, ki jih morajo upoštevati javni naročniki, za katere veljata direktivi 2014/23/EU [Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb (UL 2014, L 94, str. 1)] in 2014/24/EU [Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL 2014, L 94, str. 1)], se na Komisijo prenese pooblastilo za sprejemanje delegiranih aktov v skladu s členom 269 te uredbe za spremembo Priloge I k tej uredbi, da se jo uskladi s spremembami navedenih direktiv in vanjo vnesejo s tem povezane tehnične spremembe.“

5 Člen 170 te uredbe, naslovljen „Odločitev o oddaji naročila in obveščanje kandidatov ali ponudnikov“, v odstavkih 2 in 3 določa:

„2. Javni naročnik uradno obvesti vse kandidate ali ponudnike, katerih prijave za sodelovanje ali ponudbe so bile zavrnjene, o razlogih za zavrnitev in trajanju obdobja mirovanja iz členov 175(2) in 178(1).

[…]

3. Javni naročnik vsakega ponudnika, ki ni v kateri od situacij za izključitev iz člena 136(1), ki ni zavrnjen v skladu s členom 141, katerega ponudba izpolnjuje pogoje iz dokumentacije za postopek javnega naročanja in ki poda pisno zahtevo, obvesti o čemer koli od naslednjega:

a) imenu ponudnika ali, v primeru okvirne pogodbe, ponudnikov, ki jim je bilo naročilo oddano, in, razen v primeru posebnega naročila na podlagi okvirne pogodbe s ponovnim odpiranjem konkurence, značilnostih in sorazmernih prednostih uspešne ponudbe, plačani ceni oziroma vrednosti naročila, kar je ustrezno;

[…]

Javni naročnik lahko tudi zadrži nekatere informacije, če bi njihovo razkritje oviralo kazenski pregon ali bi bilo sicer v nasprotju z javnim interesom, če bi vplivalo na legitimne poslovne interese gospodarskih subjektov ali če bi lahko izkrivilo lojalno konkurenco med njimi.“

6 Točka 23 Priloge I k navedeni uredbi, naslovljena „Neobičajno nizke ponudbe“, določa:

„23.1 Če sta v ponudbi za dano naročilo ponujena cena ali strošek neobičajno nizka, javni naročnik pisno zahteva podrobno obrazložitev vseh postavk cene ali stroška, za katere meni, da so pomembne, in da ponudniku možnost, da predloži svoje pripombe.

Javni naročnik lahko upošteva zlasti pripombe, ki se nanašajo na:

a) ekonomiko proizvodnega procesa, opravljanja storitev ali načina gradnje;

b) izbrane tehnične rešitve ali izjemno ugodne pogoje, ki so na voljo ponudniku;

c) izvirnost ponudbe;

d) izpolnjevanje, s strani ponudnika, veljavnih obveznosti na področju okoljskega, socialnega in delovnega prava;

e) izpolnjevanje, s strani podizvajalcev, veljavnih obveznosti na področju okoljskega, socialnega in delovnega prava;

f) možnost, da bi ponudnik pridobil državno pomoč v skladu z veljavnimi pravili.

23.2 Javni naročnik lahko ponudbo zavrne le, kadar predložena dokazila ne pojasnijo v zadostni meri ponujene nizke cene ali stroškov.

Javni naročnik zavrne ponudbo, kadar ugotovi, da je neobičajno nizka, ker ne izpolnjuje veljavnih obveznosti na področju okoljskega, socialnega in delovnega prava.

[…]“

Dejansko stanje

7 Dejansko stanje spora je v točkah od 1 do 8 izpodbijane sodbe povzeto tako:

„1. Evropska komisija je 6. decembra 2019 v Dopolnilu k Uradnemu listu Evropske unije (UL 2019/S 236-577462) objavila obvestilo o javnem naročilu v zvezi z javnim razpisom z referenčno številko TAXUD/2019/OP/0006, ki se nanaša na storitve specifikacije, razvoja, vzdrževanja in podpore na tretji ravni za informacijske platforme generalnega direktorata Komisije ‚Obdavčenje in carinska unija‘. Navedeno naročilo je bilo sestavljeno iz dveh sklopov, in sicer sklopa A, ‚Razvojne storitve za platformo CCN/CSI‘, in sklopa B, ‚Razvojne storitve za platforme CCN2(ng), SPEED2(ng), CDCO/TSOAP in SSV‘, merilo za oddajo pa je bilo najboljše razmerje med kakovostjo in ceno, pri čemer sta bili pri ocenjevanju ponudb tehnična kakovost in cena vredni 70 % oziroma 30 %. Komisija je morala za vsakega od teh dveh sklopov skleniti okvirno pogodbo za obdobje 36 mesecev, ki se lahko trikrat podaljša za zaporedna obdobja 12 mesecev, s ponudnikom, ki ponudi najboljše razmerje med kakovostjo in ceno, če izbrani ponudnik izpolnjuje nekatera minimalna merila glede upravičenosti, neizključitve, sposobnosti in skladnosti ponudbe.

2. [Družbi S2U] sta 27. februarja 2020 predložili skupno ponudbo v okviru konzorcija, ki ga je vodila družba Sopra. Edina druga ponudba, ki je bila pravočasno predložena za sklop A, je bila ponudba konzorcija ARHS-IBM, ki sta ga sestavljali družbi ARHS Developments SA in International Business Machines of Belgium SA.

3. Komisija je z dopisom z dne 2. julija 2020 [družbi S2U] obvestila o zavrnitvi njune ponudbe za sklop A, ker ta ni bila ekonomsko najugodnejša, in o oddaji naročila drugemu ponudniku […]. Komisija je priložila izvleček poročila o ocenjevanju njune ponudbe, v katerem so bile navedene točke, ki so bile dodeljene njuni ponudbi, skupaj s pojasnili, in ju obvestila, da se jima lahko na pisno zahtevo posredujejo značilnosti in relativne prednosti izbrane ponudbe, vrednost naročila in ime izbranega ponudnika. [Družbi S2U] sta tako zahtevo vložili istega dne.

4. Iz izvlečka poročila o ocenjevanju izhaja, da je ponudba [družb S2U] prejela skupno 90,81 točk […].

[…]

5. Komisija je z dopisom z dne 3. julija 2020 [družbi S2U] obvestila, da je bilo naročilo dodeljeno konzorciju ARHS-IBM, in jima poslala izvleček poročila o ocenjevanju njegove ponudbe, v katerem so bile navedene točke, ki so ji bile dodeljene, skupaj s pojasnili.

6. Iz tega izvlečka poročila o ocenjevanju izhaja, da je ponudba izbranega ponudnika prejela skupno 98,53 točk […].

[…]

7. [Družbi S2U] sta z dopisom z dne 10. julija 2020 [(v nadaljevanju: zahteva z dne 10. julija 2020)] izpodbijali rezultat postopka javnega razpisa in v zvezi s ceno, navedeno v izbrani ponudbi, izrazili dvom o tem, da bi lahko bila cena, ki je bila precej nižja od tiste, ki sta jo ponudili in opredelili kot razumno ter skladno s tržnimi pogoji, vzdržna brez tveganja ‚socialnega dampinga'. Tako sta […] naročnika med drugim pozvali, naj potrdi, da je preveril, da ponudba izbranega ponudnika ne pomeni nobenega tveganja v tem smislu.

8. Komisija je z dopisom z dne 20. julija 2020 [(v nadaljevanju: odgovor z dne 20. julija 2020)] med drugim odgovorila, da iz podrobne finančne analize izbrane ponudbe izhaja, da je izbrana ponudba v skladu s tržnimi pogoji držav, iz katerih naj bi izvajalci in njihovi podizvajalci opravljali zahtevane storitve."

Tožba pred Splošnim sodiščem in izpodbijana sodba

8 Družbi S2U sta 2. septembra 2020 v sodnem tajništvu Splošnega sodišča vložili tožbo za razglasitev ničnosti spornega sklepa.

9 V utemeljitev tožbe sta navedli dva tožbena razloga. Prvi se nanaša na kršitev točke 23 Priloge I k Finančni uredbi in na očitno napako pri presoji, drugi pa na neobrazložitev spornega sklepa v zvezi z morebitno neobičajno nizkostjo izbrane ponudbe.

10 Splošno sodišče je z izpodbijano sodbo ugodilo drugemu tožbenemu razlogu, za katerega se je odločilo, da ga bo obravnavalo prvega.

11 Splošno sodišče je v točkah od 38 do 54 izpodbijane sodbe povzelo pravila v zvezi z obveznostjo obrazložitve, ki jo ima naročnik v postopkih oddaje javnih naročil Unije, kot izhajajo predvsem iz člena 170 Finančne uredbe in točke 23 Priloge I k tej uredbi ter s tem povezane sodne prakse.

12 Natančneje, iz točk od 47 do 49 te sodbe je razvidno, da naročnik presojo obstoja neobičajno nizkih ponudb opravi v dveh fazah. V prvi fazi naročnik na prvi pogled, in ne na podlagi podrobne analize postavk vsake ponudbe, presodi, ali se cena ali stroški, predlagani v ponudbi, „zdijo" neobičajno nizki. Če ni indicev, ki bi lahko vzbudili sum, da bi bila ta lahko neobičajno nizka, lahko naročnik ocenjevanje in postopek oddaje naročila nadaljuje. Če pa takšni indici obstajajo, mora naročnik v drugi fazi natančneje preveriti postavke te ponudbe, da bi se prepričal, da ta ni neobičajno nizka. Za to mora najprej zadevnemu ponudniku omogočiti, da navede razloge, zaradi katerih meni, da njegova ponudba ni neobičajno nizka. Naročnik mora zatem presoditi podana pojasnila in ugotoviti, ali je zadevna ponudba neobičajno nizka, pri čemer jo mora v takem primeru zavrniti.

13 V točkah od 51 do 53 navedene sodbe je Splošno sodišče opozorilo, da je obseg obveznosti obrazložitve, ki jo ima naročnik, kadar meni, da se izbrana ponudba ne zdi neobičajno nizka, omejen. Natančneje, ko naročnik izbere ponudbo, mu ni treba – v odgovor na kakršno koli zahtevo po obrazložitvi, ki jo prejme na podlagi člena 170(3) Finančne uredbe – izrecno navesti razlogov, zaradi katerih se mu ta ponudba ni zdela neobičajno nizka. Izbira ponudbe namreč implicitno, vendar nujno priča o neobstoju indicev, ki bi kazali na to, da je bila ponudba neobičajno nizka. Neizbranemu ponudniku, ki to izrecno zahteva, pa je treba sporočiti izrecno obrazložitev, da bi bil ta seznanjen s pomembnim vidikom značilnosti in relativnih prednosti

izbrane ponudbe v smislu člena 170(3) te uredbe. V zvezi s tem je Splošno sodišče v točki 54 iste sodbe menilo, da ne zadostuje, da se naročnik omeji na ugotovitev, da ponudba, izbrana v okviru postopka oddaje naročila, ni neobičajno nizka.

14 Splošno sodišče je v točki 55 izpodbijane sodbe navedlo, da je Komisija v obravnavanem primeru najprej v skladu s členom 170 Finančne uredbe in točko 31 Priloge I k tej uredbi družbi S2U zgolj obvestila, da je bila njuna ponudba zavrnjena, pri čemer je priložila izvleček poročila komisije za ocenjevanje v zvezi z njuno ponudbo. Nato se je Komisija na pisno zahtevo družb S2U omejila na to, da jima je sporočila ime izbranega ponudnika, ceno izbrane ponudbe, finančno oceno te ponudbe ter razmerje med kakovostjo in ceno, kot je izraženo v njeni končni oceni. Po mnenju Splošnega sodišča se tako posredovane podrobnosti nikakor niso nanašale na preučitev cene izbrane ponudbe glede tega, ali je morebiti neobičajno nizka.

15 Splošno sodišče je v točki 59 te sodbe opozorilo, da je bilo zaradi znatne razlike med cenama, ki so ju ponudili družbi S2U in izbrani ponudnik, naročilo oddano zadnjenavedenemu. V teh okoliščinah sta družbi S2U od Komisije, kot je bilo opozorjeno v točki 56 navedene sodbe, zahtevali, naj med drugim potrdi, da je preverila, da izbrana ponudba glede na svojo ceno ne vsebuje niti tveganja „socialnega dampinga“ niti tveganj v zvezi z izvajanjem pogodbe.

16 Splošno sodišče je v točkah 57 in 66 izpodbijane sodbe navedlo, da čeprav se družbi S2U nista izrecno sklicevali na pojem „neobičajno nizka ponudba“, sta jasno navedli morebitne posledice, ki so neločljivo povezane s predložitvijo take ponudbe, in sicer tveganje socialnega dampinga in tveganje za neprekinjeno opravljanje storitev.

17 Splošno sodišče je v točki 58 te sodbe menilo, da se je Komisija v odgovoru z dne 20. julija 2020 omejila na navedbo, da je iz podrobne finančne analize izbrane ponudbe razvidno, da je ta ponudba v skladu s tržnimi pogoji v državah, iz katerih naj bi izvajalci in njihovi podizvajalci opravljali zahtevane storitve.

18 Splošno sodišče je v točkah 60 in 61 navedene sodbe menilo, da taka ugotovitev ni zadostna glede na to, da sta bili za sklop A predloženi le dve ponudbi in da je zato obstajala le ena primerjava, na podlagi katere je bilo mogoče ugotoviti, ali obstaja indic, da je mogoče ceno izbrane ponudbe šteti za neobičajno nizko. Glede na to, da je bilo merilo cene pri razvrstitvi ponudb odločilno in da je bila cena izbrane ponudbe njena edina prednost, bi namreč Komisija morala predložiti vsaj informacije, ki se nanašajo na odstotek, ki ustreza deležu naročila, ki naj bi se izvajal s podizvajalci, in na države, iz katerih naj bi se zadevne storitve opravljale.

19 Če bi Komisija poleg tega te informacije posredovala, kot je to storila v odgovoru na tožbo in na obravnavi pred Splošnim sodiščem, bi družbi S2U lahko bolje razumeli razloge za razliko v ceni med obema ponudbama. Takšne informacije naj bi družbama S2U tudi omogočile, da bi razpolagali z dovolj elementi, da bi vedeli za razloge, zaradi katerih je Komisija menila, da se izbrana ponudba ne zdi neobičajno nizka, in da bi zato morda utemeljenost te presoje izpodbijali.

20 Splošno sodišče je v točki 68 navedene sodbe menilo, da ni mogoče sprejeti, da se naročnik zadovolji s tem, da se sklicuje zgolj na točko 23.1 Priloge I k Finančni uredbi in se tako izogne obveznosti iz člena 170(3) te uredbe, da neizbranemu ponudniku, ki to pisno zahteva, sporoči značilnosti in prednosti izbrane ponudbe, zlasti razloge, zaradi katerih se ta ponudba ni zdela neobičajno nizka. Po mnenju Splošnega sodišča se Komisija torej ni mogla omejiti na ugotovitev, da ni menila, da bi se izbrana ponudba zdela neobičajno nizka, ne da bi družbama S2U, ki sta to izrecno zahtevali, navedla, na podlagi katerih razlogov je prišla do te ugotovitve.

21 Nazadnje, Splošno sodišče je v točki 69 izpodbijane sodbe presodilo, da so bila pojasnila, ki jih je Komisija podala v postopku in v skladu s katerimi naj bi se velik del storitev, predvidenih v izbrani ponudbi, oddal v podizvajanje, zlasti v Grčijo in Romunijo, tako da naj bi bila bistvena razlika v ceni med predloženima ponudbama pojasnjena z razlikami v plačah, povezanih s kraji opravljanja storitev, prepozna. Splošno sodišče je opozorilo, da je mogoče upoštevati le informacije, ki sta jih družbi S2U prejeli pred vložitvijo tožbe pri njem, saj obrazložitve načeloma ni mogoče prvič in naknadno navesti šele pred sodiščem.

22 Glede na zgoraj navedeno je Splošno sodišče v točkah 70 in 71 te sodbe ocenilo, da ob upoštevanju informacij, ki jih je družbama S2U predložila Komisija, ti družbi nista mogli biti seznanjeni z vsemi informacijami v zvezi s postavkami ponudbe izbranega ponudnika, na podlagi katerih je Komisija lahko ugotovila, da se ta ponudba ne zdi neobičajno nizka. Splošno sodišče je torej ugodilo drugemu tožbenemu razlogu družb S2U in sporni sklep razglasilo za ničen, ne da bi ocenilo, da je obravnava prvega tožbenega razloga potrebna.

Predlogi strank

23 Komisija s pritožbo Sodišču predlaga, naj:

– točke od 52 do 57, 60, 61, 66, 68 in 69 izpodbijane sodbe razveljavi;

– predlog za razglasitev ničnosti zavrne in

– družbama S2U naloži plačilo stroškov tega postopka pred Sodiščem in postopka pred Splošnim sodiščem.

24 Komisija v repliki Sodišču predlaga tudi, naj:

– ugotovi, da je pritožba v celoti dopustna in

– izpodbijano sodbo razveljavi.

25 Družbi S2U Sodišču predlagata, naj:

– pritožbo v celoti zavrne in Komisiji naloži plačilo vseh stroškov postopka in

– podredno, če bo pritožba razglašena za utemeljeno, zadevo vrne v razsojanje Splošnemu sodišču.

Pritožba

Ugovor nedopustnosti, ki sta ga podali družbi S2U

Trditve strank

26 Družbi S2U ugovarjata nedopustnosti pritožbe, ker naj bi Komisija kršila člena 169 in 170 Poslovnika. Komisija naj bi namreč predlagala le razveljavitev točk od 52 do 57, 60, 61, 66, 68 in 69 izpodbijane sodbe, ne da bi posledično predlagala, naj se v celoti ali deloma razveljavi odločitev, kot je navedena v izreku te sodbe, v smislu člena 169(1) tega poslovnika.

27 Komisija naj tudi ne bi izpodbijala točk 70 in 71 izpodbijane sodbe in bi bilo torej treba šteti, da jih je sprejela. Ti točki pa naj bi vsebovali sklep razlogovanja, na podlagi katerega je Splošno sodišče v bistvu ugotovilo, prvič, da družbi S2U nista bili seznanjeni z informacijami o postavkah ponudbe izbranega ponudnika, na podlagi katerih je Komisija ugotovila, da se ta ponudba ne zdi neobičajno nizka, in drugič, da je Komisija nezadostno navedla razloge, s katerimi je mogoče to ugotovitev utemeljiti, tako da je treba sporni sklep razglasiti za ničen, ne da bi bilo treba preučiti prvi tožbeni razlog.

28 Družbi S2U predlagata tudi, naj se ugotovi nedopustnost novega predloga, ki ga je Komisija podala v repliki in s katerim predlaga, prvič, naj se pritožba v celoti razglasi za dopustno in, drugič, naj se ta sodba razveljavi.

29 Komisija predlaga, naj se ta ugovor nedopustnosti zavrne.

Presoja Sodišča

30 Najprej je treba poudariti, kot Komisija trdi v repliki, da družbi S2U ne navajata nobene trditve, s katero bi bilo mogoče utemeljiti kršitev člena 170 Poslovnika. Iz tega sledi, da je treba ugovor nedopustnosti preučiti le glede na člen 169 tega poslovnika.

31 V zvezi s tem temeljno načelo, v skladu s katerim mora biti pritožba usmerjena zoper izrek odločbe Splošnega sodišča, ne da bi se lahko omejila na to, da zadeva spremembo nekaterih razlogov iz te odločbe, izhaja iz odstavka 1 zadnjenavedene določbe (glej v tem smislu sodbi z dne 15. novembra 2012, Al-Aqsa/Svet in Nizozemska/Al-Aqsa, C-539/10 P in C-550/10 P, EU:C:2012:711, točke od 43 do 45, in z dne 16. julija 2020, Inclusion Alliance for Europe/Komisija, C-378/16 P, EU:C:2020:575, točka 57). Vendar je Sodišče tudi pojasnilo, da bi bil pretiran formalizem pri uporabi tega pravila v nasprotju s to sodno prakso (glej v tem smislu sodbo z dne 16. julija 2020, Inclusion Alliance for Europe/Komisija, C-378/16 P, EU:C:2020:575, točke od 59 do 60).

32 V obravnavani zadevi je Komisija v delu pritožbe, naslovljenem „Predlogi“, Sodišču predlagala le, naj razveljavi točke od 52 do 57, 60, 61, 66, 68 in 69 izpodbijane sodbe, ničnostno tožbo, ki sta jo družbi S2U vložili pri Splošnem sodišču, zavrne in družbama S2U naloži plačilo vseh stroškov.

33 Vendar je iz naslovnice pritožbe, ki jo je vložila Komisija, jasno razvidno, da ta formalno predlaga razveljavitev izpodbijane sodbe. Poleg tega, čeprav Komisija v sklepnem odstavku svoje pritožbe ni izrecno predlagala razveljavitve te sodbe, je na koncu izvajanj v zvezi z vsakim od treh pritožbenih

razlogov, navedenih v utemeljitev pritožbe, opredelila točke te sodbe, za katere meni, da je bilo v njih napačno uporabljeno pravo, in iz tega izrecno sklepala, da je treba razveljaviti tudi točko 1 izreka navedene sodbe, ker zadevne točke pomenijo njeno podlago.

34 V teh okoliščinah, čeprav se pritožbeni predlogi *stricto sensu* ne nanašajo izrecno na razveljavitev točke 1 izreka izpodbijane sodbe, jih ni mogoče obravnavati drugače, kot da se z njimi v bistvu želi doseči enak rezultat. Poleg tega je ob seznanitvi z vsebino odgovora na pritožbo in duplike, ki sta ju vložili družbi S2U, očitno, da sta ti popolnoma razumeli razlogovanje Komisije v pritožbi in njegove posledice v zvezi s točko 1 izreka izpodbijane sodbe.

35 Trditve, da Komisija ni izpodbijala točk 70 in 71 te sodbe, ni mogoče sprejeti. Ti točki obrazložitve sta namreč le priznavalni in se omejujeta na to, da se v njiju izpeljejo posledice iz točk, ki jih je Komisija izrecno izpodbijala. Zato, tudi če bi bilo bolje, da bi jih Komisija prav tako izpodbijala, ta opustitev ne more imeti posledic.

36 Zato je treba ugovor nedopustnosti, ki sta ga vložili družbi S2U, zavrniti.

Utemeljenost

37 Komisija v podporo pritožbi navaja tri pritožbene razloge. S prvim pritožbenim razlogom Splošnemu sodišču očita, da je napačno uporabilo pravo, ker je zahtevo z dne 10. julija 2020 opredelilo kot „izrecno zahtevo“ za pridobitev razlogov, zaradi katerih naročnik za izbrano ponudbo ni štel, da se zdi neobičajno nizka. Drugi pritožbeni razlog se nanaša na izkrivljanje vsebine odgovora z dne 20. julija 2020. Komisija s tretjim tožbenim razlogom zatrjuje kršitev obsega obveznosti obrazložitve, ki jo ima naročnik na podlagi člena 296 PDEU in člena 170(3) Finančne uredbe.

Prvi pritožbeni razlog: Splošno sodišče je napačno uporabilo pravo, ker je zahtevo z dne 10. julija 2020 opredelilo kot „izrecno zahtevo“ za pridobitev razlogov, zaradi katerih naročnik izbrane ponudbe ni štel za neobičajno nizko

– *Trditve strank*

38 Komisija v okviru prvega pritožbenega razloga trdi, da so točke od 52 do 57 izpodbijane sodbe protislovne, zaradi česar je Splošno sodišče v točkah 66 in 68 pravno napačno opredelilo dejstva.

39 Iz sodbe z dne 4. julija 2017, European Dynamics Luxembourg in drugi/Agencija Evropske unije za železnice (T-392/15, EU:T:2017:462, točka 93), naj bi namreč izhajalo, da mora naročnik le v primeru izrecne zahteve ponudnika, in sicer zahteve, ki se izrecno sklicuje na neobičajno nizkost ponudbe, ki jo je izbral naročnik, utemeljiti razlog, zaradi katerega meni, da se mu ponudba, ki jo je izbral, ne zdi neobičajno nizka.

40 Ta zahteva po izrecni zahtevi, ki je poudarjena v točkah 52 in od 63 do 65 izpodbijane sodbe, pa naj v obravnavani zadevi ne bi bila izpolnjena, saj je Splošno sodišče v točki 57 te sodbe ugotovilo, da se v zahtevi z dne 10. julija 2020 „[družbi S2U] nista izrecno sklicevali na pojem neobičajno nizke ponudbe“.

41 Po mnenju Komisije dejstva, da ponudnik omenja „eno od možnih posledic, ki so neločljivo povezane s predložitvijo neobičajno nizke ponudbe, in sicer tveganje socialnega dampinga […] in tveganje za neprekinjeno opravljanje storitev“, ni mogoče enačiti z izrecno zahtevo niti ne more zadoščati za to, da za naročnika nastane obveznost obrazložitve razlogov, zaradi katerih se mu ponudba ni zdela neobičajno nizka. Navedeni tveganji naj namreč ne bi bili niti podobni niti enakovredni konceptu neobičajno nizke ponudbe.

42 V zvezi s tem naj pojem „socialni damping“, ki naj v pravu Unije ne bi bil opredeljen, ne bi bil omenjen v točki 23.1 Priloge I k Finančni uredbi, v kateri so našteti elementi, ki jih je treba upoštevati pri presoji neobičajne nizkosti ponudbe. Poleg tega, čeprav sta se družbi S2U v zahtevi z dne 10. julija 2020 sklicevali na tveganje za neprekinjeno opravljanje storitev, to tveganje prav tako ni omenjeno v tej določbi. Poleg tega naj bi družbi S2U naročnika vprašali le o obstoju tveganja socialnega dampinga.

43 Splošno sodišče naj bi zato naročniku, tudi če mu je predložena neizrecna zahteva, naložilo obveznost teleološke razlage vprašanj, ki jih je postavil ponudnik, namesto da bi se ta omejil na dobesedno razlago teh vprašanj, kot naj bi izhajalo iz sodbe z dne 26. aprila 2018, European Dynamics Luxembourg in Evropaïki Dynamiki/Komisija (T-752/15, neobjavljena, EU:T:2018:233, točke od 78 do 81). Ta nova razlaga naj bi poleg tega povzročila pravno negotovost, saj naj naročniki ne bi vedeli, ali morajo vsako zahtevo, ki se sklicuje na eno od „morebitnih posledic neobičajno nizke ponudbe“, izenačiti z izrecno zahtevo po seznanitvi z razlogi, zaradi katerih naročnik ni imel dvoma glede neobičajne nizkosti izbrane ponudbe.

44 Poleg tega Komisija ni soglašala z opredelitvijo zahteve z dne 10. julija 2020 kot izrecne zahteve v zvezi z neobičajno nizkostjo ponudbe, kot izhaja iz točk 66 in 68 izpodbijane sodbe.

45 Družbi S2U trdita, da prvi pritožbeni razlog ni dopusten, ker se z njim Sodišču predlaga, naj opravi dejansko presojo pojma „izrecna zahteva“. Podredno naj bi bilo treba ta pritožbeni razlog zavrniti kot neutemeljen.

– *Presoja Sodišča*

46 Komisija s prvim pritožbenim razlogom, ki se nanaša na točke od 52 do 57, 66 in 68 izpodbijane sodbe, Splošnemu sodišču v bistvu očita, da je napačno uporabilo pravo, ker je zahtevo z dne 10. julija 2020 obravnavalo kot zahtevo, katere izrecni namen je od naročnika pridobiti navedbo razlogov, zaradi katerih se mu izbrana ponudba ni zdela neobičajno nizka.

47 V zvezi s tem je treba v delu, v katerem družbi S2U trdita, da prvi pritožbeni razlog ni dopusten, ker se z njim Sodišču predlaga, naj opravi dejansko presojo pojma „izrecna zahteva“, opozoriti, da je pravna opredelitev dejstva ali akta, ki jo opravi Splošno sodišče, pravno vprašanje, ki se lahko postavi v okviru pritožbe (sodbi z dne 19. oktobra 1995, Rendo in drugi/Komisija, C-19/93 P, EU:C:1995:339, točka 26, in z dne 12. maja 2022, Klein/Komisija, C-430/20 P, EU:C:2022:377, točka 41). Iz tega sledi, da je vprašanje, ali zahteva z dne 10. julija 2020 pomeni „izrecno“ zahtevo, torej zahtevo, ki se nanaša na razloge, zaradi katerih naročnik izbrane ponudbe ni štel za neobičajno nizko v smislu člena 170(3)(a) Finančne uredbe v povezavi s točko 23 Priloge I k tej uredbi, pravno vprašanje, ki ga je mogoče preučiti v fazi pritožbe. Zato je ta pritožbeni razlog dopusten.

48 Kar zadeva utemeljenost, je treba poudariti, da člen 170(3)(a) Finančne uredbe vsakemu ponudniku, ki ni v kateri od situacij za izključitev, ki ni zavrnjen in čigar ponudba izpolnjuje pogoje iz dokumentacije za postopek javnega naročanja, daje možnost, da od naročnika pisno zahteva informacije, kot so ime ponudnika, ki mu je bilo naročilo oddano, ter značilnosti in relativne prednosti izbrane ponudbe, plačana cena ali vrednost naročila, kot je ustrezno.

49 Neizbrani ponudnik lahko tako uporabi možnost iz te določbe, da naročnika pozove, naj svojo odločitev, da izbrane ponudbe ne bo štel za neobičajno nizko ponudbo v smislu točke 23 Priloge I k tej uredbi, utemelji. Tako vprašanje se lahko izkaže za koristno, ker se šteje, da je naročnik z izbiro ponudbe vsaj implicitno menil, da ni indicev, da je ponudba neobičajno nizka.

50 Namen možnosti, ki je tako določena v členu 170(3)(a) Finančne uredbe v povezavi s točko 23 Priloge I k tej uredbi, je zaščititi vse neizbrane ponudnike v zadnji fazi postopka oddaje javnega naročila pred samovoljnim ravnanjem naročnika in zagotoviti zdravo konkurenco med ponudniki (glej po analogiji sodbo z dne 27. novembra 2001, Lombardini in Mantovani, C-285/99 in C-286/99, EU:C:2001:640, točki 44 in 57).

51 Splošno sodišče je torej v točki 52 izpodbijane sodbe pravilno presodilo, da je naročnik dolžan izrecno navesti razloge, zaradi katerih se mu ponudba, ki jo je izbral, ni zdela neobičajno nizka, le če je to izrecno zahteval neizbrani ponudnik.

52 Čeprav je v zvezi s tem bolje, da se tak ponudnik dobesedno sklicuje na pojem „neobičajno nizka ponudba“ v smislu točke 23 Priloge I k Finančni uredbi, kadar namerava o tem vprašati naročnika, pa izrecno sklicevanje na ta pojem ni nujno potrebno. Po eni strani se namreč „izrecna zahteva“ za namene člena 170(3)(a) te uredbe ne sme enačiti z izrecno navedbo izraza „neobičajno nizka ponudba“. Po drugi strani, ker v členu 170(3)(a) navedene uredbe ta izraz ni uporabljen neposredno, ampak je v tem členu uporabljena splošna navedba „značilnosti in sorazmerne prednosti uspešne ponudbe“, zadostuje, da se izrecna zahteva dovolj natančno in jasno nanaša na take značilnosti in prednosti, ne da bila z njo nujno povzeta natančna terminologija drugih določb iste uredbe.

53 Vendar je bistveno, da je zahteva neizbranega ponudnika oblikovana tako, da ne dopušča nobenega dvoma o tem, da je njen namen naročnika privesti do tega, da svojo odločitev, da izbrane ponudbe ne bo štel za neobičajno nizko, utemelji. Tako je, kadar – kot v obravnavanem primeru – neizbrani ponudnik obvesti naročnika o dveh znanih morebitnih posledicah izbire neobičajno nizke ponudbe, kot sta tveganje socialnega dampinga in tveganje, da bo ogrožena neprekinjenost zagotavljanja storitev.

54 Povezava med takima tveganjema in pojmom „neobičajno nizka ponudba“ je jasno razvidna iz točke 23.1(a), (b), (d) in (e) Priloge I k Finančni uredbi, ki v zvezi s tem določa, da lahko naročnik pri ugotavljanju, ali ponudba ni neobičajno nizka, med drugim upošteva ekonomiko proizvodnega procesa, opravljanja storitev ali načina gradnje; izbrane tehnične rešitve ali izjemno ugodne pogoje, ki so na voljo ponudniku; ter izpolnjevanje, s strani ponudnika ali njegovih podizvajalcev, veljavnih obveznosti na področju okoljskega, socialnega in delovnega prava.

55 Zato je Splošno sodišče v točkah 56 in 57 izpodbijane sodbe pravilno ugotovilo, da sta družbi S2U jasno navedli morebitne posledice, ki so neločljivo povezane s predložitvijo neobičajno nizke ponudbe. Splošno sodišče je, da je prišlo do take ugotovitve, poudarilo, da sta družbi S2U

zatrjevali realistično in konkurenčno ceno svoje ponudbe ob upoštevanju tržnih pogojev, njunih izkušenj kot sopogodbenikov Komisije in tveganj v zvezi z izvajanjem pogodbe, ki naj bi jih pomenila ponudba, katere cena je bila znatno nižja od cene, ki sta jo ponudili.

56 Poleg tega je Splošno sodišče poudarilo, da sta družbi S2U Komisijo pozvali, naj med drugim potrdi, da je preverila, da izbrana ponudba glede na svojo ceno ne pomeni tveganja „socialnega dampinga“. Splošno sodišče je pravilno ugotovilo, da sta družbi S2U s tem nameravali poudariti, da se z izbrano ponudbo morda ne spoštuje zakonodaja držav, v katerih je treba izvajati storitve, in sicer na področju plačila za osebje, prispevkov v sistem socialne varnosti ter varnosti in zdravja pri delu, tako da lahko ta ponudba pomeni tudi tveganje za neprekinjeno opravljanje storitev.

57 Zato je lahko Splošno sodišče, ne da bi napačno uporabilo pravo, v točkah 66 in 68 izpodbijane sodbe zahtevo z dne 10. julija 2020 opredelilo kot „izrecno zahtevo“ v zvezi z razlogi, zaradi katerih naročnik izbrane ponudbe ni štel za neobičajno nizko.

58 Prvi pritožbeni razlog je torej treba zavrniti kot neutemeljen.

Tretji pritožbeni razlog: neupoštevanje obsega obveznosti obrazložitve, ki jo ima naročnik na podlagi člena 296 PDEU in člena 170(3) Finančne uredbe

– *Trditve strank*

59 Komisija Splošnemu sodišču očita, da je napačno uporabilo pravo, ker ni upoštevalo obsega obveznosti obrazložitve, ki jo ima naročnik na podlagi člena 296 PDEU in člena 170(3) Finančne uredbe.

60 Na prvem mestu, Komisija trdi, da razlogovanje Splošnega sodišča, prvič, v točkah 51 in 52 te sodbe ter, drugič, v točkah 53, 54, 60, 61 in 68 te sodbe vsebuje protislovja glede obsega obveznosti obrazložitve in vodi do neupoštevanja naročnikovega ocenjevanja ponudb, ki se zdijo neobičajno nizke, v dveh fazah, kot je določeno v točki 23 Priloge I k Finančni uredbi. Poleg tega naj bi Splošno sodišče s tem, da je uvedlo tako široko obveznost obrazložitve, prekoračilo določbe člena 170(3) te uredbe, v katerem neobičajna nizkost ponudbe ni omenjena kot element obrazložitve.

61 Splošno sodišče naj bi v točki 51 navedene sodbe potrdilo, da je v prvi fazi analize, in sicer kadar je naročnik menil, da se ponudba ne zdi neobičajno nizka, obseg obveznosti obrazložitve omejen. Če bi se obveznosti obrazložitve v tej fazi analize, ki temelji na presoji *prima facie*, pripisal popolnejši obseg, bi se naročniku naložil *probatio diabolica*.

62 Naročnik se mora torej le, če obstaja dvom o neobičajni nizkosti ponudbe, posvetovati z zadevnim ponudnikom, da bi razpolagal z več elementi v zvezi s postavkami cene in stroškov. Ker je lahko naročnik v tej drugi fazi analize podrobno preveril ponudbo, naj bi bil obseg obveznosti obrazložitve celovit, kot je Splošno sodišče razsodilo v sodbi z dne 4. julija 2017, European Dynamics Luxembourg in drugi/Agencija Evropske unije za železnice (T-392/15, EU:T:2017:462, točka 91).

63 Vendar naj bi Splošno sodišče v nasprotju z omejenim obsegom obveznosti obrazložitve, poudarjenim v točki 51 izpodbijane sodbe, v zadnjem stavku točke 52 te sodbe ugotovilo, da je treba, če se ponudba ne zdi neobičajno nizka, razloge, ki upravičujejo tak neobstoj dozdevanja,

sporočiti, če je na naročnika naslovljena izrecna zahteva, in če so ti razlogi in razlogovanje, na katerih temeljijo, značilnosti in prednosti v smislu člena 170(3) Finančne uredbe. Razlogovanje Splošnega sodišča naj bi bilo protislovno, saj pomeni, da že zgolj izrecna zahteva neizbranega ponudnika v zvezi z neobičajno nizkostjo ponudbe privede do odprave vsakršne razlike med obsegom obveznosti obrazložitve v prvi fazi, ki je domnevno omejena, in v drugi fazi analize, v kateri je treba navesti razloge in razlogovanje.

64 Zaradi tega protislovja naj bi Splošno sodišče v točkah 60 in 61 izpodbijane sodbe napačno ugotovilo, da obrazložitev Komisije ni zadostna in da bi ta zato „morala, da bi ustrezno odgovorila na zahtevo [družb S2U], predložiti vsaj informacije, ki se nanašajo na odstotek, ki ustreza delu javnega naročila, ki naj bi se izvajal s podizvajalci, in ki se nanašajo na države, iz katerih naj bi se zadevne storitve opravljale“.

65 Na drugem mestu, Komisija navaja, da ji Splošno sodišče v točki 69 izpodbijane sodbe očita, da je družbama S2U šele v postopku predložila dodatna pojasnila glede bistvene razlike v ceni med ponudbama. S tem naj bi Splošno sodišče enačilo obveznost obrazložitve v upravni fazi postopka oddaje javnega naročila z obveznostjo Komisije kot tožene stranke, da v okviru sodnega nadzora poda pojasnila in informacije, kar naj bi brez kakršne koli pravne podlage otežilo obveznost obrazložitve, ki jo ima Komisija.

66 Vendar naj bi Sodišče v sodbi z dne 14. oktobra 2020, Close in Cegelec/Parlament (C-447/19 P, neobjavljena, EU:C:2020:826, točki 43 in 44), že razsodilo, da „glede na vloge ponudnikov in nadzornih organov ni mogoče zahtevati, da sta informacija, ki jo mora naročnik dati neizbranemu ponudniku na podlagi svoje obveznosti obrazložitve, in informacija, ki jo mora ta naročnik predložiti sodnim organom v okviru njihovega nadzora zakonitosti odločbe o oddaji javnega naročila, popolnoma enaki. Poleg tega okoliščina, da se dokumenti, predloženi Splošnemu sodišču v okviru pripravljalnega ukrepa, pozneje posredujejo tudi tožeči stranki, po potrebi v nezaupni različici, spada na področje uporabe načela kontradiktornosti in zato ne pomeni, da bi moral naročnik te dokumente predložiti že v okviru obrazložitve na podlagi določb prava Unije.“

67 Družbi S2U trdita, da tretji pritožbeni razlog ni utemeljen.

– *Presoja Sodišča*

68 Sodišče meni, da je smotrno tretji pritožbeni razlog preučiti pred drugim.

69 Na prvem mestu, treba je preučiti trditev Komisije, da razlogovanje Splošnega sodišča, prvič, v točkah 51 in 52 izpodbijane sodbe in, drugič, v točkah 53, 54, 60, 61 in 68 te sodbe, vsebuje protislovja v zvezi z obsegom obveznosti obrazložitve in vodi do kršitve člena 170(3) Finančne uredbe in točke 23 Priloge I k tej uredbi.

70 Najprej je treba poudariti, da je Splošno sodišče v točkah od 51 do 54 izpodbijane sodbe povzelo svojo sodno prakso v zvezi z obveznostjo naročnika, da svojo odločitev, da izbrane ponudbe ne šteje za neobičajno nizko, obrazloži.

71 Vendar je treba te točke razlagati ob upoštevanju točk od 47 do 50 te sodbe, ki jih prvonavedene točke le konkretizirajo in ki jih Komisija ne izpodbija. V njih je Splošno sodišče poudarilo, da presoja naročnika glede obstoja neobičajno nizkih ponudb poteka v dveh fazah. Naročnik najprej presodi, ali se „zdi“, da sta v ponudbi ponujena cena ali strošek neobičajno nizka. Uporaba glagola

„zdeti se“ v točki 23.1 Priloge I k Finančni uredbi pomeni, da naročnik *prima facie* presodi, ali je ponudba neobičajno nizka, ne pa, da po uradni dolžnosti podrobno analizira postavke vsake ponudbe, da bi ugotovil, da ne gre za neobičajno nizko ponudbo.

72 Tako mora naročnik v tej prvi fazi ugotoviti samo, ali predložene ponudbe vsebujejo indic, da bi lahko bile neobičajno nizke. Tako je zlasti, če je cena, ponujena v ponudbi, bistveno nižja od cene v drugih ponudbah ali od običajne cene na trgu. Če oddane ponudbe ne vsebujejo takega indica in se torej ne zdijo neobičajno nizke, lahko naročnik njihovo ocenjevanje in postopek oddaje naročila nadaljuje.

73 V drugi fazi, če obstajajo indici, da bi bila lahko ponudba neobičajno nizka, mora naročnik preveriti postavke te ponudbe, da bi se prepričal, da ta dejansko ni neobičajno nizka. Za to mora zadevnemu ponudniku omogočiti, da navede razloge, zaradi katerih meni, da njegova ponudba ni neobičajno nizka.

74 Naročnik mora zatem presoditi podana pojasnila in ugotoviti, ali je zadevna ponudba neobičajno nizka, pri čemer jo mora v takem primeru zavrniti. Za zagotovitev zadostne obrazložitve dejstva, da izbrana ponudba po poglobljeni analizi ni neobičajno nizka, mora naročnik navesti razlogovanje, na podlagi katerega je na eni strani ugotovil, da ta ponudba zaradi svojih značilnosti, predvsem finančnih, med drugim spoštuje zakonodajo države, v kateri je treba izvajati storitve, in sicer na področju plačila za osebje, prispevkov v sistem socialne varnosti ter spoštovanja varnostnih in zdravstvenih standardov pri delu, na drugi strani pa preveril, da predlagana cena vključuje vse stroške, nastale zaradi tehničnih vidikov navedene ponudbe.

75 Točka 51 izpodbijane sodbe se nanaša na prvo fazo nadzora, kot je navedena v točki 48 te sodbe. V zvezi s tem je Splošno sodišče pojasnilo, da ker se od naročnika zahteva le nadzor *prima facie*, povedano drugače, nadzor, ki temelji na videzu, zanj velja le obveznost omejene obrazložitve, ki je lahko celo zajeta v implicitni obrazložitvi. Kot je namreč razvidno iz točke 52 navedene sodbe, že dejstvo, da naročnik izbere ponudbo, implicitno, vendar nujno – po mnenju Splošnega sodišča – pomeni, da ni indicev, ki bi kazali na to, da je bila ponudba neobičajno nizka.

76 Res je, da zadnji stavek te točke 52 ni nedvoumen. Splošno sodišče je namreč v njej v bistvu potrdilo, da mora naročnik neizbranega ponudnika, ki to izrecno zahteva, seznaniti z razlogi, zaradi katerih se mu ponudba, ki jo je izbral, ni zdela neobičajno nizka. S tako formulacijo pa ni pojasnjeno, ali se ti razlogi nanašajo na tiste, ki so naročnika napeljali k temu, da je štel, da izbrana ponudba ni neobičajno nizka *prima facie*, ali nasprotno, na podlagi podrobne analize.

77 Komisija trdi, da je Splošno sodišče napačno uporabilo pravo, ker je v točkah 60, 61 in 68 izpodbijane sodbe zahtevalo, naj že v prvi fazi analize predloži podrobno obrazložitev neizbranemu ponudniku, ki je od nje izrecno zahteval razloge, zaradi katerih ni štela, da je bila izbrana ponudba neobičajno nizka.

78 Vendar je treba to razlago zadnjega stavka točke 52 izpodbijane sodbe zavrniti.

79 Čeprav je res, kot je Splošno sodišče poudarilo v točki 48 te sodbe, da lahko naročnik zgolj *prima facie* presodi, ali je ponudba neobičajno nizka, je ta skrajšani nadzor opravljen le za interno uporabo in ga ni mogoče uporabiti proti neizbranemu ponudniku, ki je svoje dvome v zvezi s to ponudbo utemeljil.

80 Iz tega sledi, da če neizbrani ponudnik, ki ni v kateri od situacij za izključitev in ki izpolnjuje merila za izbor, pisno in obrazloženo zahteva od naročnika, naj navede razloge, zaradi katerih izbrane ponudbe ni štel za neobičajno nizko, mora ta podati podroben odgovor.

81 Točka 23.1 Priloge I k Finančni uredbi namreč določa, da če se zdi, da sta v ponudbi za dano naročilo ponujena cena ali strošek neobičajno nizka, javni naročnik pisno zahteva podrobno obrazložitev vseh postavk cene ali stroška, za katere meni, da so pomembne, in da ponudniku možnost, da predloži svoje pripombe. Besedilo te določbe ne izključuje, da lahko neizbrani ponudnik vzbudi dvome o neobičajno nizki izbrani ponudbi. Okoliščina, da tak ponudnik obrazloženo navaja obstoj dvomov glede neobičajne nizkosti izbrane ponudbe, tako povzroči prehod naročnika v drugo fazo nadzora.

82 Naročnik mora torej, razen če bi bile trditve, ki jih je navedel neizbrani ponudnik, neupoštevne ali brez vsakršne obrazložitve, na eni strani opraviti podrobno analizo izbrane ponudbe, da bi ugotovil, da ta dejansko ni neobičajno nizka, in na drugi strani neizbranemu ponudniku, ki ga je o tem izrecno vprašal, sporočiti njene splošne značilnosti.

83 Vsaka drugačna razlaga bi neizbranemu ponudniku odvzela njegovo pravico do učinkovitega pravnega sredstva, zagotovljeno s členom 47 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina). Ponudnik namreč ne bi mogel presoditi utemeljenosti odločitve naročnika, v skladu s katero izbrana ponudba ni neobičajno nizka, če bi se ta naročnik lahko omejil na brezpogojno ugotovitev in ne da bi navedel kakršno koli utemeljitev v tej smeri, in sicer da se mu zdi, da je ta ponudba v skladu s tržnimi pogoji v državah, iz katerih morajo izvajalci in njihovi podizvajalci opravljati zadevne storitve, ali da cena izbrane ponudbe ni bila neobičajno nizka.

84 V obravnavanem primeru in kot je Splošno sodišče navedlo v točki 60 izpodbijane sodbe, to velja še toliko bolj, saj sta bili naročniku predloženi le dve ponudbi, ker je bilo merilo cene odločilno pri razvrstitvi ponudb in ker je bila cena izbrane ponudbe edina relativna prednost, značilna za to ponudbo. Poleg tega, kot je razvidno iz točke 56 te sodbe, bi morala Komisija tudi zaradi izkušenj družb S2U kot sopogodbenikov Komisije priznati kredibilnost bojazni, ki sta jo izrazili ti družbi, da izbrana ponudba vključuje tveganje „socialnega dampinga“ in tveganja v zvezi z izvajanjem pogodbe, ker je bila cena, ki jo je ponudil izbrani ponudnik, znatno nižja od cene njune ponudbe.

85 Splošno sodišče je torej v točki 68 izpodbijane sodbe pravilno presodilo, da se Komisija ni mogla zadovoljiti z ugotovitvijo, da se ji izbrana ponudba ni zdela neobičajno nizka, ne da bi družbama S2U, ki sta to izrecno zahtevali, navedla, na podlagi katerih razlogov je prišla do te ugotovitve.

86 Na drugem mestu, Komisija Splošnemu sodišču očita, da je v točkah 60 in 69 izpodbijane sodbe enačilo obveznost obrazložitve, ki je naložena naročniku, in njegovo pravico, da kot tožena stranka uveljavlja svojo pravico do obrambe, kot je določena v členu 47(2) Listine.

87 Taka trditev je očitno neutemeljena.

88 Okoliščina, da je Komisija v postopku navedla razloge za sporni sklep, namreč ne more nadomestiti nezadostnosti prvotne obrazložitve tega sklepa. Obrazložitve ni mogoče prvič in naknadno navesti šele pred sodiščem, razen v izjemnih okoliščinah, ki ob neobstoju kakršne koli nujnosti v obravnavanem primeru niso podane (glej v tem smislu sodbe z dne 26. novembra 1981, Michel/Parlament, 195/80, EU:C:1981:284, točka 22; z dne 28. junija 2005,

Dansk Rørindustri in drugi/Komisija, C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P in C-213/02 P, EU:C:2005:408, točka 463, in z dne 11. junija 2020, Komisija/Di Bernardo, C-114/19 P, EU:C:2020:457, točka 51).

89 Omogočiti zadevni instituciji, da odloži svojo dolžnost obrazložitve svoje odločitve, da šteje, da izbrana ponudba ni neobičajno nizka, bi posegla v pravico do učinkovitega sodnega varstva neizbranih ponudnikov, ker morajo ti poznati razloge za akt ne le zato, da branijo svoje pravice v najboljših možnih okoliščinah, ampak tudi zato, da se lahko ob popolnem poznavanju zadeve odločijo, ali je zanje koristno, da se obrnejo na pristojno sodišče (glej v tem smislu sodbi z dne 15. oktobra 1987, Heylens in drugi, 222/86, EU:C:1987:442, točka 15, in z dne 7. septembra 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, točka 120).

90 Poleg tega Splošno sodišče od Komisije nikakor ni zahtevalo, naj zagotovi popolno enakost med informacijo, ki jo mora predložiti, na eni strani, neizbranemu ponudniku in, na drugi strani, sodišču Unije. Zato trditev po analogiji, ki se nanaša na sodbo z dne 14. oktobra 2020, Close in Cegelec/Parlament (C-447/19 P, neobjavljena, EU:C:2020:826, točka 43), ni upoštevna.

91 Tretji tožbeni razlog je treba torej v celoti zavrniti kot neutemeljen.

Drugi pritožbeni razlog: izkrivljanje dejstev z napačno presojo vsebine odgovora z dne 20. julija 2020

– *Trditve strank*

92 Komisija z drugim pritožbenim razlogom trdi, da je Splošno sodišče izkrivilo vsebino odgovora z dne 20. julija 2020, zaradi česar je napačno ugotovilo, da je kršila obveznost obrazložitve, ki jo ima na podlagi člena 170(3) Finančne uredbe. Potem ko je Splošno sodišče v točki 8 izpodbijane sodbe pravilno navedlo, da je Komisija v tem odgovoru zatrdila, „da je podrobna finančna analiza izbrane ponudbe pokazala, da je ta v skladu s tržnimi pogoji v državah, iz katerih naj bi izvajalci in njihovi podizvajalci opravljali zahtevane storitve“, naj bi v točkah 61 in 68 te sodbe napačno menilo, da se je Komisija v navedenem odgovoru zadovoljila s tem, da je zgolj na podlagi trditve ugotovila ali utemeljila, da cena izbrane ponudbe ni neobičajno nizka. S tem naj družbama S2U, ki sta to izrecno zahtevali, ne bi pojasnila, na podlagi katerih razlogov je prišla do te ugotovitve.

93 Komisija trdi, da v odgovoru z dne 20. julija 2020 ni zavzela stališča o tem, ali je izbrana ponudba neobičajno nizka ali ne. V njem naj bi zgolj odgovorila na vprašanje, ki sta ga družbi S2U postavili o socialnem dampingu, pri čemer je navedla, da je podrobna analiza finančne ponudbe, ki jo je izbrala, pokazala, da je zmagovalna ponudba v skladu s tržnimi pogoji držav, iz katerih bodo izvajalci in njihovi podizvajalci opravljali zahtevane storitve.

94 Zaradi tega izkrivljanja vsebine odgovora z dne 20. julija 2020 v povezavi z napako, storjeno pri opredelitvi zahteve z dne 10. julija 2020, naj bi Splošno sodišče v točki 68 izpodbijane sodbe napačno ugotovilo, da Komisija ni izpolnila svoje obveznosti obrazložitve.

95 Družbi S2U odgovarjata, da je treba ta pritožbeni razlog zavrniti kot neutemeljen.

– *Presoja Sodišča*

96 Komisija z drugim tožbenim razlogom v bistvu trdi, da ker ji družbi S2U nista podali izrecne zahteve, naj jima sporoči razloge, zaradi katerih je menila, da izbrana ponudba ni neobičajno nizka, se je omejila na odgovor na zahtevo družb S2U glede obstoja tveganja socialnega dampinga. Zato naj bi Splošno sodišče napačno menilo, da je bilo v odgovoru z dne 20. julija 2020 navedeno, da cena izbrane ponudbe ni neobičajno nizka, in naj bi tako izkrivilo vsebino tega odgovora.

97 Ker pa iz preučitve prvega tožbenega razloga izhaja, da sta družbi S2U Komisiji dejansko predložili „izrecno zahtevo“ v zvezi z neobičajno nizkostjo izbrane ponudbe, je morala ta institucija upoštevati posebne zahteve glede obrazložitve, ki izhajajo iz člena 170(3) Finančne uredbe in točke 23 Priloge I k tej uredbi. Tako se Komisija, da bi se neizbranemu ponudniku zagotovila pravica do učinkovitega pravnega sredstva, zajamčena s členom 47 Listine, kot naročnik ni mogla omejiti na brezpogojno navedbo, brez kakršne koli utemeljitve v tem smislu, da pri izbrani ponudbi ni obstajalo tveganje socialnega dampinga.

98 V zvezi s tem je treba opozoriti, da je pravica do učinkovitega pravnega sredstva, zagotovljena s tem členom 47, dovolj sama po sebi in da je ni treba pojasnjevati z določbami prava Unije, da bi se posameznikom podelila pravica, na katero se kot tako lahko sklicujejo (sodbi z dne 17. aprila 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, točka 78, in z dne 14. julija 2022, EPIC Financial Consulting, C-274/21 in C-275/21, EU:C:2022:565, točka 83).

99 V teh okoliščinah tudi ob predpostavki, da je Splošno sodišče s tem, da je menilo, da je v odgovoru z dne 20. julija 2020 zgolj navedeno, da cena izbrane ponudbe ni neobičajno nizka, izkrivilo vsebino tega odgovora, tako izkrivljanje ne more omajati ugotovitve iz točke 97 te sodbe, da mora Komisija spoštovati posebne zahteve glede obrazložitve, ki izhajajo iz člena 170(3) Finančne uredbe in točke 23 Priloge I k tej uredbi, in da se ne more omejiti na trditev, brez kakršne koli utemeljitve, da izbrana ponudba ne pomeni tveganja socialnega dampinga.

100 Zato je treba drugi pritožbeni razlog zavrniti kot brezpredmeten.

101 Ker nobeden od treh pritožbenih razlogov, ki jih je Komisija navedla v utemeljitev svoje pritožbe, ni bil sprejet, je treba to pritožbo v celoti zavrniti.

Stroški

102 Na podlagi člena 184(2) Poslovnika Sodišče, če pritožba ni utemeljena, odloči o stroških.

103 V skladu s členom 138(1) tega poslovnika, ki se na podlagi člena 184(1) tega poslovnika uporablja za pritožbeni postopek, se plačilo stroškov na predlog naloži neuspeli stranki. Ker sta družbi S2U predlagali, naj se Komisiji naloži plačilo stroškov, in ker ta s pritožbo ni uspela, se ji naloži plačilo stroškov.

Iz teh razlogov je Sodišče (osmi senat) razsodilo:

1. **Pritožba se zavrne.**

2. **Evropski komisiji se naloži plačilo stroškov.**

Podpisi