



Zbiór Orzeczeń

WYROK SĄDU (czwarta izba)

z dnia 7 października 2015 r.*

Zamówienia publiczne na usługi — Postępowanie przetargowe — Świadczenie usług zewnętrznych na potrzeby zarządzania programami i projektami oraz na potrzeby doradztwa technicznego w dziedzinie technologii informatycznych — Sklasyfikowanie oferenta w procedurze kaskadowej — Kryteria udzielenia zamówienia — Równość szans — Przejrzystość — Oczywisty błąd w ocenie — Obowiązek uzasadnienia — Odpowiedzialność pozaumowna — Utrata szansy

W sprawie T-299/11

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

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

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

reprezentowane początkowo przez adwokatów N. Korogiannakisa oraz M. Dermitzakisa, a następnie przez adwokata I. Ampazisa,

strona skarżąca,

przeciwko

Urzędowi Harmonizacji w ramach Rynku Wewnętrznego (znaki towarowe i wzory) (OHIM), reprezentowanemu przez N. Bambarę oraz M. Paolacciego, działających w charakterze pełnomocników, wspieranych przez adwokatów P. Wytincka oraz B. Hoorelbekego,

strona pozwana,

mającej za przedmiot, po pierwsze, skargę o stwierdzenie nieważności decyzji OHIM wydanej w ramach przetargu otwartego AO/021/10, zatytułowanego „Usługi zewnętrzne na potrzeby zarządzania programem i projektem oraz na potrzeby doradztwa technicznego w dziedzinie technologii informatycznych”, doręczonej skarżącym pismem z dnia 28 marca 2011 r. o zaklasyfikowaniu oferty pierwszej skarżącej na trzecim miejscu według mechanizmu kaskadowego w celu zawarcia umowy ramowej, oraz po drugie, roszczenie o odszkodowanie,

SĄD (czwarta izba),

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

sekretarz: S. Spyropoulos, administrator,

* Język postępowania: angielski.

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 21 stycznia 2015 r.,
wydaje następujący

Wyrok¹

Okoliczności powstania sporu

- 1 Skarżące, European Dynamics Luxembourg SA, Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE i European Dynamics Belgium SA, działają w sektorze technologii informatycznych i łączności i regularnie składały oferty w ramach przetargów organizowanych przez różne instytucje i jednostki Unii Europejskiej, w tym przez Urząd Harmonizacji w ramach Rynku Wewnętrznego (znaki towarowe i wzory) (OHIM).
- 2 W ogłoszeniu o przetargu z dnia 28 sierpnia 2010 r., opublikowanym w suplemencie do *Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej* (JO 2010/S 167-255574) OHIM wezwał do składania ofert w przetargu pod numerem AO/021/10, zatytułowanym „Usługi zewnętrzne na potrzeby zarządzania programem i projektem oraz na potrzeby doradztwa technicznego w dziedzinie technologii informatycznych”, w następstwie którego pierwsza skarżąca złożyła ofertę w dniu 11 października 2010 r. Zamówienie, które miało zostać udzielone, dotyczyło świadczenia usług zewnętrznych na potrzeby zarządzania programem i projektem w dziedzinie technologii informatycznych, a także doradztwa technicznego dotyczącego wszystkich rodzajów systemów informatycznych we wszystkich dziedzinach technologicznych.

[...]
- 4 Zgodnie z pkt II.1.4 ogłoszenia o przetargu zamówienie dotyczyło zawarcia umów ramowych o maksymalnym czteroletnim okresie trwania i z maksymalnie trzema usługodawcami. W tym zakresie pkt 14.2 specyfikacji zamówienia (załącznik I do akt przetargu) wyjaśniał, że wspomniane umowy ramowe powinny zostać zawarte według tzw. mechanizmu „kaskadowego”. Mechanizm ten oznacza, że jeśli oferent zaklasyfikowany jako pierwszy nie jest w stanie świadczyć wymaganych usług, OHIM zwróci się do drugiego oferenta i do następnego w kolejności. Ponadto zgodnie z pkt IV.2 ogłoszenia o zamówieniu zamówienie powinno zostać udzielone na podstawie oferty najkorzystniejszej pod względem ekonomicznym.
- 5 Tytułem oceny technicznej w specyfikacji zamówienia wezwano oferentów do przedstawienia „zadań i czynności, jakie mają zostać wykonane w celu zarządzania projektem przedstawionym w wykazie planowanych prac nr 1 i w celu zakończenia tego projektu z powodzeniem”. Ów wykaz planowanych prac, znajdujący się w załączniku 18 do specyfikacji zamówienia, przewidywał sporządzenie przez OHIM „projektu stworzenia systemu informatycznego”.
- 6 W tym celu w pkt 13.3 specyfikacji zamówienia ustanowiono pięć kryteriów udzielenia, które brzmią następująco:
 - „kryterium [udzielenia] nr 1: w oparciu o swoją metodologię i swoje doświadczenie oferent przedstawia zadania i czynności, jakie wykona w ramach zarządzania projektem, obejmujące w szczególności (ale nie na zasadzie wyłączności):
 - a) progresywną kontrolę [to znaczy kontrolę zaawansowania prac];

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

- b) procedurę zarządzania poszczególnymi kwestiami;
- c) procedurę zarządzania zmianami;
- d) zarządzanie procedurami eskalacyjnej interwencji;
- e) program kapitalizacji doświadczenia;
- f) plany komunikacji;
- g) procedury akceptacji produktów, które mają zostać dostarczone

(40 pkt, z minimalnym progiem 20 pkt);

— kryterium [udzielenia] nr 2: w oparciu o swoją metodologię i swoje doświadczenie oferent przedstawia zadania i czynności, jakie będzie wykonywał w dziedzinie doradztwa technicznego, obejmujące w szczególności (ale nie na zasadzie wyłączności):

- a) ocenę architektoniczną;
- b) ocenę wydajności;
- c) ocenę bezpieczeństwa;
- d) integrację z innymi systemami

(30 pkt, z minimalnym progiem 10 pkt);

— kryterium [udzielenia] nr 3: szacowany wysiłek przeznaczany na każde poszczególne zadanie i czynność w zakresie zarządzania projektem (10 pkt);

— kryterium [udzielenia] nr 4: szacowany wysiłek przeznaczany na każde poszczególne zadanie i czynność w zakresie doradztwa technicznego (10 pkt);

— kryterium [udzielenia] nr 5: planowanie wykonania wszystkich zadań i czynności (przy zastosowaniu Microsoft Project lub innego ekwiwalentnego programu) (10 pkt)”.

[...]

- 8 Pismem z dnia 28 marca 2011 r. (zwanym dalej „decyzją o udzieleniu zamówienia”) OHIM poinformował skarżące o wynikach przetargu AO/021/10 i wskazał im, że oferta pierwszej skarżącej została zaklasyfikowana na trzecim miejscu, co stawiało ją na pozycji rezerwowego kontrahenta w mechanizmie kaskadowym.

[...]

- 11 Pismem z dnia 11 kwietnia 2011 r. OHIM przedstawił pierwszej skarżącej nazwy pozostałych oferentów, zaklasyfikowanych na pozycjach pierwszej i drugiej, to znaczy, odpowiednio, z jednej strony Consortium Unisys SLU i Charles Oakes & Co. Sàrl, z podwykonawcą Unisys Belgium SA, a z drugiej strony ETIQ Consortium (by everis i Trasy). Pismo to zawierało ponadto tabelę wskazującą punkty otrzymane przez każdego z poszczególnych oferentów za poszczególne kryteria jakości technicznej.

12 Chodzi o następującą tabelę:

Kryteria jakościowe	Consortium Unisys	ETIQ Consortium	European Dynamics
Kryterium jakościowe 1 (40)	40,00	21,88	22,81
Kryterium jakościowe 2 (30)	28,00	20,00	24,50
Kryterium jakościowe 3 (10)	10	6	4
Kryterium jakościowe 4 (10)	6	6	8
Kryterium jakościowe 5 (10)	7	7	8
Łączna liczba punktów (100)	91,00	60,88	67,31
Łączna liczba punktów technicznych	99,86	66,80	73,87

13 Ponadto w piśmie tym OHIM przedstawił powody, dla których przyznał ofercie pierwszej skarżącej liczbę punktów odpowiednio wskazanych w ostatniej kolumnie powyższej tabeli dla każdego z poszczególnych kryteriów jakości technicznej. Jeżeli chodzi o trzecie, czwarte i piąte z żądań pierwszej skarżącej (zob. pkt 10 powyżej), OHIM stwierdził, że zgodnie z wytycznymi dotyczącymi publicznego dostępu do dokumentów dotyczących postępowania w sprawie zamówień publicznych nie miał on prawa ujawnić ani sprawozdania z oceny, ani nazwisk członków komisji konkursowej, ani też ofert finansowych pozostałych oferentów.

[...]

19 Wspólnym pismem z dnia 18 kwietnia 2011 r. skarżące poinformowały OHIM, że uważają, iż niejasne i ogólnikowe uzasadnienie, przedstawione w piśmie OHIM z dnia 11 kwietnia 2011 r., było niewystarczające i nie pozwalało im na wykonywanie ich praw. Ponadto ponowiły one żądanie o podanie do ich wiadomości w szczególności ofert finansowych pozostałych oferentów, a także kompletnej kopii sprawozdania z oceny. Skarżące przedstawiły również szczegółowo – w odniesieniu do wszystkich dokonanych przez OHIM ocen poszczególnych kryteriów jakości technicznej ich oferty – powody, dla których ich zdaniem ocena organu zamawiającego była fragmentaryczna i błędna, to znaczy była obarczona oczywistymi błędami w ustaleniach. Wreszcie skarżące wezwały OHIM, aby rozważył on ponownie wynik swej oceny, przedstawił im szczegółowe uzasadnienie tych decyzji oraz by poprawił przywołane oczywiste błędy w ustaleniach.

20 Pismem z dnia 29 kwietnia 2011 r. OHIM podał do wiadomości skarżących następującą tabelę wskazującą punkty, jakie zostały przyznane ofertom finansowym skarżących, a także ofertom pozostałych oferentów:

	Kryterium 1 (60)	Kryterium 2 (40)	Ogółem (100)	Punkty finansowe
ETIQ Consortium (by everis i Trasy)	60,00	35,59	95,59	100,00
European Dynamics	40,00	40,00	80,00	83,69
Consortium Unisys SLU i Charles Oakes & Co. Sàrl	34,14	38,61	72,75	76,11

Ponadto jeżeli chodzi o ocenę technicznych kryteriów udzielenia, OHIM wskazał skarżącemu, że przedstawi im pełną odpowiedź w kolejnych dniach roboczych.

[...]

- 22 Pismem z dnia 2 maja 2011 r., przesłanym faksem z dnia 12 maja 2011 r., OHIM zasadniczo powtórzył swoje stanowisko zawarte w piśmie z dnia 11 kwietnia 2011 r. odnośnie do oceny jakości technicznej oferty pierwszej skarżącej.

[...]

- 28 Pismem z dnia 13 maja 2011 r. skarżące zakwestionowały stanowisko OHIM i wskazały, że są teraz zobowiązane do wniesienia skargi do Sądu.

Przebieg postępowania i żądania stron

- 29 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 6 czerwca 2011 r. skarżące wniosły niniejszą skargę.
- 30 Ze względu na zmianę składu izb Sądu sędzia sprawozdawca został przydzielony do czwartej izby, której w rezultacie przekazana została niniejsza sprawa.
- 31 Po zapoznaniu się ze sprawozdaniem sędziego sprawozdawcy Sąd (czwarta izba) postanowił o otworzeniu ustnego etapu postępowania.
- 32 Na rozprawie w dniu 21 stycznia 2015 r. wysłuchane zostały wystąpienia stron i ich odpowiedzi na pytania Sądu.
- 33 W trakcie rozprawy strony wycofały, po pierwsze, zarzut czwarty, dotyczący naruszenia w szczególności zasady równego traktowania, art. 93 ust. 1 lit. f), art. 94 i 96 rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz.U. L 248, s. 1, zwanego dalej „ogólnym rozporządzeniem finansowym”), zmienionego rozporządzeniem Komisji (WE, Euratom) nr 1995/2006 z dnia 13 grudnia 2006 r., oraz art. 133 i 134 rozporządzenia Komisji (WE, Euratom) z dnia 23 grudnia 2002 r. ustanawiającego szczegółowe zasady wykonania [ogólnego rozporządzenia finansowego] (Dz.U. L 357, s. 1) (zwane dalej „zasadami wykonania”), oraz po drugie, roszczenie o naprawienie szkody z tytułu utraty rozsądnie oczekiwanego zysku. Ponadto, z uwagi na postanowienie z dnia 12 września 2013 r., European Dynamics Luxembourg i in./OHIM (T-556/11, Zb.Orz., EU:T:2013:514), OHIM wycofał zarzut niedopuszczalności skierowany przeciwko skargom o stwierdzenie nieważności i o odszkodowanie. Oświadczenie o wycofaniu odnotowano w protokole rozprawy.

34 Skarżące wnoszą do Sądu o:

- stwierdzenie nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia doręczonej pismem z dnia 28 marca 2011 r. w zakresie dotyczącym zaklasyfikowania ich oferty na trzecim miejscu według mechanizmu kaskadowego;
- stwierdzenie nieważności innych powiązanych decyzji OHIM, w tym tych udzielających spornego zamówienia oferentom zaklasyfikowanym na miejscach pierwszym i drugim według mechanizmu kaskadowego;
- zasądzenie od OHIM odszkodowania w kwocie w wysokości 650 000 EUR z tytułu poniesionej przez nie szkody z powodu utraty szansy i podważenia ich reputacji i wiarygodności;
- obciążenie OHIM kosztami postępowania.

35 OHIM wnosi do Sądu o:

- oddalenie skargi jako bezzasadnej;
- obciążenie skarżących kosztami postępowania.

Co do prawa

1. W przedmiocie żądania stwierdzenia nieważności

Streszczenie zarzutów stwierdzenia nieważności

- 36 Na poparcie wniosku o stwierdzenie nieważności skarżące podnoszą, po wycofaniu zarzutu czwartego (zob. pkt 33 powyżej), trzy zarzuty.
- 37 W zarzucie pierwszym skarżące zarzucają OHIM naruszenie art. 100 ust. 2 akapit pierwszy ogólnego rozporządzenia finansowego i art. 149 zasad wykonania, a także obowiązku uzasadnienia w rozumieniu art. 296 akapit drugi TFUE poprzez odmówienie przedstawienia im wystarczających wyjaśnień i uzasadnienia odnośnie do decyzji o udzieleniu zamówienia.
- 38 W zarzucie drugim skarżące podnoszą „naruszenie specyfikacji zamówienia” w tym zakresie, że OHIM przyjął, że szkodą dla nich, nowe kryteria udzielenia zamówienia, nieznajdujące się we wspomnianej specyfikacji.
- 39 W zarzucie trzecim skarżące twierdzą, że OHIM popełnił liczne oczywiste błędy w ustaleniach.
- 40 Sąd uważa za stosowane w pierwszej kolejności dokonać oceny zarzutu drugiego, następnie trzeciego, a na końcu pierwszego.

W przedmiocie zarzutu drugiego, dotyczącego naruszenia wymogów przewidzianych w specyfikacji zamówienia

- 41 W ramach tego zarzutu skarżące kwestionują w szczególności ocenę porównawczą – w świetle pierwszego kryterium udzielenia – ich oferty w stosunku do ofert pozostałych oferentów, zamieszczoną przez organ zamawiający w piśmie z dnia 2 maja 2011 r. W piśmie tym wskazano w tej kwestii między innymi, że „[...] oferty [pozostałych oferentów] wykazują spełnienie pierwszego

kryterium na bardzo dobrym, a nawet doskonałym poziomie, przedstawiają »bardzo dobre stosowanie ram Prince2 poprzez wyjaśnienie w pierwszej kolejności ram«, a następnie określenie sposobu, w jaki będą one stosowane przez OHIM, tak że oferty te obejmują zarówno teoretyczne, jak i praktyczne aspekty stosowania ram Prince2”. Ponadto zgodnie z tym samym pismem oferty te „określały zarządzanie zmianami i komunikacją jako dwa najistotniejsze zadania dla wykonania projektu” (zob. pkt 23 powyżej).

- 42 Zdaniem skarżących taka ocena organu zamawiającego zasadniczo nie znajduje żadnego oparcia w specyfikacji warunków zamówienia i oparta jest na elementach, w tym metodologii Prince2, które nie zostały podane we właściwym czasie do wiadomości oferentów. Ze specyfikacji warunków zamówienia nie wynika ich zdaniem również i to, że dwa podkryteria: „zarządzanie zmianami” i „komunikacja”, były w oczach OHIM kryteriami „najistotniejszymi”. W ten sposób organ zamawiający wprowadził a posteriori nowe kryterium i przyznał nową wagę wspomnianym podkryteriom.
- 43 Zdaniem OHIM niniejszy zarzut oparty jest na błędnej lekturze pisma OHIM z dnia 2 maja 2011 r., która nie świadczy o wprowadzeniu nowego kryterium udzielenia. Po pierwsze, OHIM przypomina, że na podstawie pierwszego kryterium udzielenia oferenci zostali wezwani do opisanie zadań i czynności, jakie będą wykonywać w ramach zarządzania projektem. Tymczasem Prince2 jest jedną z dostępnych wybranych w tym celu przez same skarżące metodologii. Po drugie, okoliczność, że zostało wskazane, iż najlepsze oferty „określały zarządzanie zmianami i komunikacją jako dwa najistotniejsze zadania dla wykonania projektu”, nie stanowiła wprowadzenia nowego kryterium udzielenia zamówienia ani stosowania czynnika nadania wagi ustanowionego a posteriori, ponieważ specyfikacja warunków zamówienia precyzowała, że oferenci powinni opisać zadania i czynności, jakie wykonają w ramach zarządzania projektem, w tym w ramach procesu zarządzania zmianami i programów komunikacji. Podkryteriom tym nie mogła zostać przyznana żadna szczególna ocena i OHIM ograniczył się do potwierdzenia, że pozostali zamawiający prawidłowo zrozumieli, iż zarządzanie zmianami i komunikacja stanowiły dwa najistotniejsze zadania.
- 44 Należy przypomnieć, że zgodnie z zasadą równego traktowania instytucja zamawiająca ma obowiązek czuwania na każdym etapie postępowania przetargowego nad przestrzeganiem zasady równego traktowania, a co za tym idzie, nad przestrzeganiem równości szans wszystkich oferentów. Podobnie, zasada równego traktowania oznacza, że oferenci powinni znajdować się na równej stopie zarówno w chwili przygotowywania ofert, jak i w chwili dokonywania ich oceny przez instytucje zamawiające. Ścisłej rzecz biorąc, oznacza to, że kryteria udzielenia zamówienia powinny być określone w specyfikacji zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu, tak aby umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zinterpretowanie ich w taki sam sposób, oraz że w trakcie oceny ofert kryteria te będą stosowane w sposób obiektywny i jednolity wobec wszystkich oferentów (wyrok z dnia 17 lutego 2011 r., Komisja/Cypr, C-251/09, EU:C:2011:84, pkt 39, 40; zob. także podobnie wyrok z dnia 25 października 2012 r., Astrim i Elyo Italia/Komisja, T-216/09, EU:T:2012:574, pkt 35, 36 i przytoczone tam orzecznictwo). Ponadto zasada przejrzystości, mająca na celu przede wszystkim zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralności ze strony instytucji zamawiającej, oznacza, że wszystkie warunki i kryteria procedury udzielenia zamówienia mają być sformułowane w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji zamówienia, tak aby, po pierwsze, umożliwić wszystkim przeciętnie poinformowanym, zachowującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie dokładnego znaczenia i interpretowania tych warunków i kryteriów w ten sam sposób, oraz po drugie, umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty spełniają kryteria obowiązujące w odniesieniu do danego zamówienia (zob. podobnie ww. wyrok Astrim i Elyo Italia/Komisja, EU:T:2012:574, pkt 37; wyrok z dnia 16 września 2013 r., Hiszpania/Komisja, T-402/06, Zb.Orz., EU:T:2013:445, pkt 67 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 45 Jeżeli chodzi o zarzut pierwszy, dotyczący tego, że OHIM zastosował kryterium udzielenia nieprzewidziane w specyfikacji zamówienia, oczywiście prawdą jest, że ramy lub metodologia Prince2 nie zostały wyraźnie wymienione, ponieważ pierwsze kryterium udzielenia wymagało w szczególności, aby „oferent przedstawił zadania i czynności, jakie wykona w ramach zarządzania projektem na podstawie swojej metodologii i swojego doświadczenia”. Niemniej jednak, po pierwsze, z oferty pierwszej skarżącej wyraźnie wynika, że metodologia, jaką skarżąca ta w niej zaproponowała, jest „oparta na metodzie zarządzania projektem Prince2 OGC, która należy do najlepszych praktyk i jest szeroko przyjmowana w skali międzynarodowej oraz stosowana w celu określenia projektów w ramach ITIL”, oraz że wspomniana metoda „będzie dominującą metodą stosowaną w projekcie”. Po drugie, wiadomo, że oferty pozostałych oferentów również opierały się na metodzie Prince2, co pozwoliło instytucji zamawiającej na dokonanie oceny porównawczej przewidzianej w pkt 41 powyżej.
- 46 W tych okolicznościach zarzut skarżących, zgodnie z którym OHIM ustanowił później nowe kryterium udzielenia zamówienia, to znaczy metodologię Prince2, która ani nie była przewidziana w specyfikacji zamówienia, ani też nie została we właściwym czasie podana do wiadomości oferentów, nie może zostać uwzględniona. W rzeczywistości bowiem ocena oferty pierwszej skarżącej została w oczywisty sposób dokonana przez OHIM według kryterium „na podstawie jej metodologii i jej doświadczenia”, czego nie podważa okoliczność, iż w przypadku tej oferty oraz w przypadku ofert pozostałych oferentów metodologia ta odpowiadała całkowicie metodologii Prince2. Przeciwnie, okoliczność ta świadczy jako taka, że wszyscy oferenci dobrze zrozumieli, iż pierwsze kryterium udzielenia zamówienia pozwala im oprzeć ofertę na wspomnianej metodologii. Instytucji zamawiającej nie można więc zarzucić, że porównała ona odnośne oferty według kryteriów tej samej metodologii, co mogło jedynie ułatwić porównanie ich odpowiednich jakości i wesprzeć obiektywność oceny porównawczej. Wreszcie wymogi wspomnianego kryterium udzielenia powinny zostać wyraźnie odróżnione od pkt 2.3 załącznika II do specyfikacji zamówienia, zgodnie z którym „[m]etodologią stosowaną przez OHIM w celu zarządzania projektem jest dostosowana do niego metodologia Prince2” i w którym wyraźnie zostało wskazane, że „metodologia ta zostanie udostępniona wykonawcy zamówienia z chwilą rozpoczęcia wykonywania umowy ramowej”, tak że nie mogła stanowić ona modelu, do którego powinny dostosować się oferty.
- 47 W związku z tym zarzut pierwszy należy oddalić jako nieuzasadniony.
- 48 Jeżeli chodzi o zarzut drugi, Sąd uważa, że skarżące słusznie podnoszą, iż instytucja zamawiająca rzeczywiście przyznała podkryteriom „zarządzanie zmianami” i „komunikacja” większą wagę niż pozostałym podkryteriom ustanowionym w ramach pierwszego kryterium udzielenia. W rzeczywistości bowiem jednoznaczne uzasadnienie przedstawione w piśmie OHIM z dnia 2 maja 2011 r., zgodnie z którym oferty pozostałych oferentów „określały zarządzanie zmianami i komunikację jako dwa najistotniejsze zadania dla wykonania projektu”, nie może być inaczej rozumiane. Świadczy ono o tym, że instytucja zamawiająca przyjęła podejście zaproponowane przez pozostałych oferentów, opierając się na wyważeniu owych podkryteriów, które nie wynikają z treści pierwszego kryterium udzielenia. Otóż z uwagi na orzecznictwo przytoczone powyżej w pkt 44 instytucja zamawiająca nie powinna była dokonywać wyważania podkryteriów, które nie zostało wcześniej podane do wiadomości oferentów (zob. podobnie wyrok z dnia 24 stycznia 2008 r., Lianakis i in., C-532/06, Zb.Orz., EU:C:2008:40, pkt 38).
- 49 W tym zakresie z jednej strony należy wyjaśnić, że „zarządzanie zmianami” i „plan komunikacji” stanowiły tylko dwa spośród wszystkich siedmiu podkryteriów, które zostały wymienione na tym samym poziomie i tytułem niewyczerpującym w ramach pierwszego kryterium udzielenia, a którymi były: progresywna kontrola, procedura zarządzania poszczególnymi kwestiami, procedura zarządzania zmianami, zarządzanie procedurami eskalacyjnej interwencji, program kapitalizacji doświadczenia, plan komunikacji i procedura akceptacji produktów, które mają zostać dostarczone, i w odniesieniu do których instytucja zamawiająca przewidywała przyznanie maksymalnej liczby 40 pkt (zob. pkt 5 powyżej). Tymczasem ani z treści wspomnianego kryterium, ani z innych odpowiednich fragmentów specyfikacji zamówienia nie wynika, że instytucja zamawiająca miała zamiar – w odpowiednim

- przypadku oraz ze szczególnych nieujawnionych względów – przyznać owym podkryteriom inne znaczenie w celu przedstawienia projektu przewidzianego w wykazie planowanych prac nr 1, to znaczy przyznać, w ramach oceny ofert przedstawionych w świetle pierwszego kryterium udzielenia, wyższą lub niższą ocenę w zależności od tego, czy omawiane oferty kładą akcent na jedno czy na drugie z owych podkryteriów. Jest tak w szczególności w odniesieniu do podkryteriów „zarządzanie zmianami” i „plan komunikacji”, w przedmiocie których specyfikacja zamówienia nie wskazuje, że organ zamawiający uważa je za stanowiące „dwa najbardziej istotne zadania dla wykonania projektu”.
- 50 Z drugiej strony, zgodnie z postanowieniami ogólnymi, ponieważ w specyfikacji zamówienia określone wymogi muszą zostać spełnione przez oferentów, ci ostatni zostali wezwani do przedstawienia „zadań i czynności, jakie wykonają w celu zarządzania projektem przewidzianym w wykazie planowanych prac nr 1 i w celu prawidłowego wykonania tego projektu”, który został przedstawiony w załączniku 18 do specyfikacji zamówienia i przewidywał ustanowienie przez OHIM „projektu utworzenia systemu informatycznego”. Z powyższego wynika, że znajdujący się w przedstawionych ofertach opis zadań i czynności związanych z poszczególnymi podkryteriami z tytułu pierwszego kryterium udzielenia odnosił się w nieodzowny sposób do rzeczoności projektu, z definicji tego samego w odniesieniu do wszystkich oferentów.
- 51 W tych okolicznościach część zdania „określają zarządzanie zmianami i komunikację jako dwa najbardziej istotne zadania dla wykonania projektu” nie może zostać rozumiana inaczej niż jako oznaczająca ocenę wartości o bezwarunkowym i ogólnym zakresie szczególnego znaczenia podkryteriów „zarządzanie zmianami” i „plan komunikacji” („najbardziej istotnych”) w ramach projektu zamierzonego przez OHIM w ramach wykazu prac nr 1 („w celu wykonania projektu”), która została uwzględniona przez oferty pozostałych oferentów, i przeciwnie – jako uczyniony ofercie pierwszej skarżącej zarzut braku posłużenia się podejściem analogicznym do podejścia zaproponowanego przez wspomnianych oferentów w tym przedmiocie.
- 52 W tym zakresie nieuzasadniony jest argument OHIM, zgodnie z którym zasadniczo wspomniane uzasadnienie powinno być rozumiane jako ocena wartości dotycząca dobrej jakości ofert pozostałych oferentów, która to ocena opierała się na wskazaniu dwóch szczególnych podkryteriów, to znaczy „zarządzania zmianami” i „komunikacji”, ponieważ ocena ta jest nierozzerwalnie związana z uprzednią i abstrakcyjną oceną tych właśnie podkryteriów w stosunku do pozostałych pięciu podkryteriów wymienionych w ramach pierwszego kryterium udzielenia. Ponadto chociażby tylko z uwagi na powody przedstawione w pkt 48–51 powyżej nie wydaje się wiarygodne, że instytucja zamawiająca nie przyznała poszczególnych punktów ze wszystkich dostępnych 40 pkt różnym przewidzianym tam podkryteriom (zob. także pkt 93 i 94 powyżej).
- 53 Należy zatem stwierdzić, że ujemna ocena porównawcza oferty pierwszej skarżącej dokonana w tej kwestii przez zamawiającą instytucję nie znajduje żadnego oparcia w treści pierwszego kryterium udzielenia. Zwłaszcza ocena leżąca u podstaw takiego osądu nie wynika z rzeczoności kryterium w sposób wystarczająco jasny, precyzyjny i jednoznaczny, aby pozwolić wszystkim rozsądnie poinformowanym i właściwie starannym oferentom na zrozumienie dokładnego znaczenia tego kryterium i na jego interpretowanie w ten sam sposób. A zatem OHIM – dokonując w sposób sprzeczny z wymogami wynikającymi z orzecznictwa przytoczonego w pkt 44 i 48 powyżej wyważenia poszczególnych podkryteriów w ramach wspomnianego kryterium udzielenia, które to wyważenie nie było ani przewidziane w specyfikacji zamówienia, ani wcześniej podane do wiadomości oferentów – naruszył, z pokrzywdzeniem skarżących, zasady równości szans i przejrzystości.
- 54 Tym samym należy uwzględnić zarzut drugi.
- 55 W konsekwencji zarzut drugi należy częściowo oddalić, a częściowo uwzględnić.

W przedmiocie zarzutu trzeciego, dotyczącego oczywistych błędów w ocenie

Uwagi wstępne

- 56 Skarżące uważają, że już same przedstawione przez OHIM fragmentaryczne informacje ujawniają liczne poważne i oczywiste błędy w ocenie, w braku których oferta pierwszej skarżącej mogła zostać zaklasyfikowana na pierwszej pozycji w mechanizmie kaskadowym. Ich zdaniem błędy te dotyczą oceny każdego z kryteriów udzielenia przewidzianych w specyfikacji zamówienia dokonanej przez instytucję zamawiającą. W tym kontekście skarżące kwestionują w szczególności negatywne komentarze zawarte w pismach OHIM z dnia 11 kwietnia i 2 maja 2011 r.
- 57 Jeżeli chodzi o ocenę instytucji zamawiającej dotyczącą pierwszego kryterium udzielenia, skarżące podnoszą jedenaście zarzutów, które należy ocenić w dalszej kolejności bądź to w sposób indywidualny, bądź to, po ich pogrupowaniu, w sposób łączny. W tym zakresie należy przypomnieć, że wspomniane kryterium udzielenia wymagało od oferenta przedstawienia „zadań i czynności, jakie wykona on w ramach zarządzania projektem na podstawie swojej metodologii i swojego doświadczenia”, co powinno obejmować w szczególności, ale nie na zasadzie wyłączności, siedem podkryteriów, to znaczy progresywną kontrolę, procedurę zarządzania poszczególnymi kwestiami, procedurę zarządzania zmianami, zarządzanie procedurami eskalacyjnej interwencji, program kapitalizacji doświadczenia, plan komunikacji i procedurę akceptacji produktów, które mają zostać dostarczone (zob. pkt 5 powyżej).
- 58 Ponadto należy podkreślić, że instytucja zamawiająca dysponuje szerokim zakresem uznania w zakresie okoliczności, jakie należy uwzględnić w celu podjęcia decyzji o udzieleniu zamówienia w trybie przetargu, a kontrola Sądu musi być ograniczona do badania zgodności postępowania z wymogami proceduralnymi i obowiązkiem uzasadnienia decyzji, materialnej zgodności przyjętych okoliczności faktycznych z rzeczywistością oraz tego, czy nie zachodzi poważny i oczywisty błąd w ocenie lub nadużycie uprawnień (zob. wyrok z dnia 23 listopada 2011 r., bpost/Komisja, T-514/09, EU:T:2011:689, pkt 121 i przytoczone tam orzecznictwo).

W przedmiocie oczywistych błędów w ocenie związanych z pierwszym kryterium udzielenia

– W przedmiocie zarzutu szóstego

- 80 W zarzucie szóstym skarżące kwestionują ocenę OHIM, zgodnie z którą zarządzający programem, główny zarządzający projektem i zarządzający projektem nie byli niezbędni dla każdego projektu. Z uwagi na wymogi wykazu planowanych prac nr 1 skarżące przedstawiły i uzasadniły, w rozdziałach 2 i 4 swojej oferty, w oparciu o własne doświadczenie, tak jak wymagane to było w specyfikacji zamówienia, propozycję ustanowienia biura projektowego, które obejmowało zarządzającego programem i głównego zarządzającego projektem.
- 81 Należy przypomnieć, że w piśmie z dnia 11 kwietnia 2011 r. OHIM podniósł, iż „nie wszystkie projekty ustanowione w ofercie [skarżących] wymagały zarządzającego programem, głównego zarządzającego projektem i zarządzającego projektem”. W pismach kierowanych do Sądu OHIM potwierdził, że skarżące niesłusznie założyły, iż OHIM zarządzał wszystkimi swoimi projektami w ramach tego samego programu, co skłoniło je do zaproponowania rozwiązania z jednym zarządzającym programem, z głównym zarządzającym projektem i z zarządzającym projektem dla każdego projektu z osobna. Tymczasem rozmiar i zakres ograniczeń projektu, jaki należało stosować tytułem przykładu, to znaczy wykaz planowanych prac nr 1, nie uzasadniał posłużenia się tymi trzema profilami.

- 82 W tym zakresie należy przypomnieć, że z zawartego w specyfikacji zamówienia ogólnego opisu wymogów, jakie muszą zostać spełnione przez oferentów, wynika, że ci ostatni muszą przedstawić „zadania i czynności, które wykonają w celu zarządzania i prawidłowego wykonania projektu przewidzianego w wykazie planowanych prac nr 1”. Ponadto wykaz planowanych prac nr 1, przedstawiony w załączniku 18 do specyfikacji zamówienia, ogranicza się do ustanowienia jednego „projektu utworzenia systemu informatycznego”, a nie programu obejmującego poszczególne projekty tego typu, tak że instytucja zamawiająca może słusznie krytykować przedstawioną przez skarżące propozycję zarządzającego programem.
- 83 Z kolei ze specyfikacji zamówienia, a w szczególności z pierwszego kryterium udzielenia i z określenia wykazu planowanych prac nr 1, nie wynika w sposób jasny i precyzyjny, tak jak wymaga się tego w rozumieniu orzecznictwa przytoczonego powyżej w pkt 43 powyżej, że OHIM miał zamiar wezwać oferentów do przedstawienia rozwiązania nieobejmującego większej ilości profili głównego zarządzającego projektem i zarządzającego projektem, takiego jak rozwiązanie zaproponowane przez skarżące. Podobnie, OHIM nie wyjaśnił również powodów, dla których zaproponowanie takich profili miałyby być sprzeczne z wykazem proponowanych prac nr 1. Wreszcie, w odróżnieniu od swej obrony przedstawionej wobec zarzutów od pierwszego do piątego, OHIM podniósł w tej kwestii jedynie to, że skarżące odeszły od metodologii Prince2. Tymczasem z uwagi na brak precyzji specyfikacji zamówienia w tym zakresie należy przypomnieć, że skarżące mogły, na podstawie pierwszego kryterium udzielenia, swobodnie przedstawić zadania i czynności, jakie wykonają w ramach zarządzania projektem na podstawie swojej własnej metodologii i swego własnego doświadczenia.
- 84 Z uwagi w szczególności na brak precyzji specyfikacji zamówienia oraz na lakoniczny i pobieżny osąd komisji konkursowej niemożliwe jest zbadanie, zarówno przez skarżące, jak i przez Sąd, dopuszczalności krytyki przedstawionej w odniesieniu do włączenia głównego zarządzającego projektem oraz zarządzającego projektem, a tym samym rozpatrzenie kwestii, czy krytyka ta jest obciążona oczywistym błędem w ocenie.
- 85 W tych okolicznościach należy stwierdzić istnienie braku uzasadnienia w tej kwestii w rozumieniu art. 296 akapit drugi TFUE w związku z art. 100 ust. 2 ogólnego rozporządzenia finansowego (zob. pkt 125–135 poniżej).

– W przedmiocie zarzutu ósmego

- 86 W zarzucie ósmym skarżące kwestionują końcowy komentarz komisji konkursowej odnośnie do pierwszego kryterium udzielenia, zgodnie z którym „[c]ała oferta [pierwszej skarżącej] jest bardzo operacyjna, a nie strategiczna, i koncentruje się na innym rodzaju zarządzającego projektem niż ten, który został przewidziany przez OHIM”. Komentarz ów był rzekomo arbitralny i niepotwierdzony przez specyfikację zamówienia. Oferta pierwszej skarżącej odpowiada ogółowi wymogów wynikających ze specyfikacji zamówienia oraz z dobrych praktyk sektora zarządzania projektem, to znaczy Prince2. W tym zakresie skarżące odnoszą się do pkt 4.1.1 swojej oferty, zatytułowanego „Struktura organizacyjna”, proponując ujednoczoną i scentralizowaną strukturę, w ramach której cały projekt, w tym niezależne projekty, takie jak projekt przewidziany w wykazie planowanych prac nr 1, lub projekty wpisujące się w dany program, miał być kierowany, zarządzany, kontrolowany i wykonywany przez biuro projektowe. Zarządzający programem miałby być członkiem biura projektowego i dysponować całościową wizją przy sprawowaniu ogólnej kontroli nad całym projektem i programami wykonywanymi na podstawie umowy ramowej w celu zapewnienia w ten sposób ich skutecznego, jednorodnego i właściwego zarządzania. W ten sposób, karząc ofertę pierwszej skarżącej na podstawie wymogu nieprzewidzianego w specyfikacji zamówienia, to znaczy na podstawie tego, że „OHIM kierował wszystkimi swoimi projektami w ramach jednego programu”, OHIM popełnił oczywisty błąd w ocenie.

87 W trakcie postępowania OHIM ograniczył się do podniesienia w tej kwestii argumentu, o którym mowa w pkt 82 powyżej. Tymczasem, podobnie jak w przypadku rozważań przedstawionych w pkt 84 powyżej, należy stwierdzić, że w braku wystarczająco jasnych i precyzyjnych kryteriów zawartych w specyfikacji zamówienia końcowy komentarz komisji konkursowej – a w szczególności niejasna krytyka dotycząca tego, że OHIM przewidywał „inny rodzaj zarządzającego projektem” – nie jest zrozumiała, tak że ani skarżące, ani Sąd nie są w stanie zweryfikować jego wiarygodności, a tym samym tego, czy krytyka jest obarczona oczywistym błędem w ocenie. Jest tak tym bardziej, że na podstawie pierwszego kryterium udzielenia oferenci byli zobowiązani do przedstawienia zadań i czynności, jakie wykonują w dziedzinie zarządzania projektem na podstawie własnej metodologii i własnego doświadczenia, a tym samym nie na podstawie ewentualnej praktyki lub doświadczenia OHIM, które to nie zostały opisane w specyfikacji zamówienia.

88 W tych okolicznościach należy stwierdzić istnienie braku uzasadnienia w tej kwestii w rozumieniu art. 296 akapit drugi TFUE w związku z art. 100 ust. 2 ogólnego rozporządzenia finansowego (zob. pkt 125–135 poniżej).

– W przedmiocie zarzutów od dziewiątego do jedenastego

89 W zarzutach od dziewiątego do jedenastego skarżące kwestionują zasadniczo rzekomo fragmentaryczną, wymijającą i mglistą odpowiedź OHIM zawartą w piśmie z dnia 2 maja 2011 r., w szczególności odnośnie do punktacji i porównawczej oceny ich oferty w świetle pierwszego kryterium udzielenia w stosunku do ofert pozostałych oferentów. Ich zdaniem OHIM ograniczył się do mglistego stwierdzenia, że dwie inne oferty zostały uznane za lepsze, ponieważ każda z nich zawierała „aspekty teoretyczne i praktyczne stosowania ram Prince2” i „określała zarządzanie zmianami i komunikację jako dwa najistotniejsze zadania dla wykonania projektu”. Niemniej jednak również skarżące w pkt 2.1.1 i 2.1.2 swej oferty przedstawiły aspekty teoretyczne i praktyczne metodologii Prince2 zarządzania projektem i przedstawiły szczegółową propozycję stosowanych w przypadku projektu OHIM zadań zarządzania zmianami i komunikacją. Ponadto w pkt 2.2–2.11 rzeczonyj oferty przedstawiły one w szczegółowy sposób praktyczne aspekty stosowania swojego podejścia metodologicznego opartego na Prince2 w celu zarządzania projektem i wykonywania zadań zarządzania projektem na podstawie wykazu planowanych prac nr 1. Podobnie pkt 2.5 tej oferty opisywał w ogólny sposób podejście stosowane dla zarządzania zmianami, a jej pkt 2.10 i 2.8 przedstawiały plan komunikacji i proponowane procedury interwencyjne na poszczególnych etapach, przy czym OHIM nie przedstawił wyjaśnień w przedmiocie rzekomych luk lub w przedmiocie rzekomo lepszej treści pozostałych ofert w tym zakresie (zarzut dziewiąty). Ponadto pierwsze kryterium udzielenia nie wymagało określenia wagi zadań proponowanych w dziedzinie zarządzania projektem, co było sprzeczne z dobrymi praktykami i z metodami utrwalonymi w skali międzynarodowej. W każdym razie skarżące przedstawiły solidną, dobrze określoną metodologię zarządzania projektem, która była spójna i prawidłowo skonstruowana i przewidywała, że cała procedura i wszystkie zadania i czynności zarządzania projektem są istotne dla prawidłowego ukończenia projektu (zarzut dziesiąty). Wreszcie OHIM nie uzasadnił bardzo niskiej oceny (22,81 pkt) przyznanej ofercie pierwszej skarżącej w świetle pierwszego kryterium udzielenia, podczas gdy oferta oferenta zaklasyfikowanego na pierwszym miejscu uzyskała maksymalną liczbę 40 pkt (zarzut jedenasty).

90 W pierwszej kolejności należy odnieść się do przedstawionych w pkt 48–53 powyżej, w odpowiedzi na zarzut drugi, rozważań stwierdzających, że owa negatywna ocena porównawcza dotycząca oferty pierwszej skarżącej, zgodnie z którą to oceną oferty pozostałych oferentów „określały zarządzanie zmianami i komunikację jako najbardziej istotne zadania dla wykonania projektu”, jest obarczona naruszeniem zasad równości szans i przejrzystości, ponieważ nie znajduje ona żadnego poparcia w treści pierwszego kryterium udzielenia, a tym samym wynika ona z wyważenia poszczególnych

podkryteriów w ramach tego kryterium udzielenia, które nie zostało wcześniej podane do wiadomości oferentów. Z powyższego w nieodzowny sposób wynika, że ocena ta jest niedopuszczalna i jest również obciążona oczywistym błędem w ocenie przy wyważaniu wspomnianych podkryteriów.

- 91 Następnie w trakcie rozprawy OHIM nie uznał za stosowne zajęcia stanowiska odnośnie do szczegółowego argumentu skarżących ani do sposobu, w jaki komisja konkursowa doszła w przypadku oferty pierwszej skarżącej do wyniku 22,81 na łączną liczbę 40 pkt, jak stanowiło pismo OHIM z dnia 2 maja 2011 r. Niemniej jednak na rozprawie, w odpowiedzi na szczegółowe pytanie Sądu, OHIM zasadniczo wyjaśnił, że w niniejszej sprawie ocena oceniających ofertę pierwszej skarżącej nie została dokonana według formuły matematycznej, która spowodowałaby odliczenie niektórych punktów za poszczególne podkryteria lub za niektóre negatywne komentarze, ponieważ oceniający ci przyznali łączną liczbę punktów za jakość ogólną całej części owej oferty z tytułu pierwszego kryterium udzielenia. W tym zakresie ustalenie liczby punktów zawierającej dwie cyfry po przecinku (22,81) wynikało z tego, że oferty te były oceniane przez kilku oceniających, których punktacja najpierw została zsumowana, a następnie podzielona przez ich liczbę.
- 92 Sąd uważa, że wyjaśnienia takie, nieprzedstawione w piśmie OHIM z dnia 2 maja 2011 r., są spóźnione i są również niedopuszczalne. W tym zakresie – w braku precyzji w specyfikacji zamówienia dotyczącej rzeczywistego wyważania poszczególnych podkryteriów w ramach pierwszego kryterium udzielenia, a także w braku dokumentu dowodowego przedstawionego przez OHIM w tym zakresie – należy oddalić jako niewiarygodny argument OHIM, zgodnie z którym oceniający nie związały przyznania określonych punktów z rzeczonymi podkryteriami, wymienionymi w ramach wspomnianego kryterium udzielenia, i na podstawie którego oferenci mogli uzyskać maksymalną liczbę 40 pkt. Następnie, jak podniosły skarżące w trakcie rozprawy, nie wydaje się ponadto wiarygodne, że oceniający ci nie stosowali formuły matematycznej, a przynajmniej że przy ocenianiu ofert w świetle wspomnianego kryterium udzielenia nie przyznawali części punktów za poszczególne podkryteria. Nawet bowiem przy założeniu, że przyznana punktacja została podzielona przez liczbę oceniających, jak twierdzi OHIM, w braku takiego matematycznego podejścia lub przyznania ułamkowych części punktów za podkryteria, niemożliwe byłoby jednak uzyskanie łącznej punktacji zawierającej dwie cyfry po przecinku. Nie można zatem uznać argumentu OHIM, zgodnie z którym przyznał on łączną ocenę za całą część oferty pierwszej skarżącej z tytułu pierwszego kryterium udzielenia.
- 93 Należy stwierdzić, że pismo OHIM z dnia 2 maja 2011 r. nie zawiera żadnego wyjaśnienia mającego w tej kwestii znaczenie. W rzeczywistości pismo to ogranicza się do mglistego stwierdzenia, że „oferty [pozostałych oferentów] wykazują spełnienie pierwszego kryterium na bardzo dobrym, a nawet doskonałym poziomie, przedstawiają bardzo dobre stosowanie ram Prince2, poprzez wyjaśnienie w pierwszej kolejności ram, a następnie określenie sposobu, w jaki będą one stosowane przez OHIM, tak że oferty te obejmują zarówno teoretyczne, jak i praktyczne aspekty stosowania ram Prince2”. Ponadto OHIM ograniczył się do stwierdzenia, że oferty te „określały zarządzanie zmianami i komunikacją jako dwa najistotniejsze zadania dla wykonania projektu”, i doszedł do wniosku, że „[w] drodze porównania komisja konkursowa znalazła propozycje lepsze niż propozycje [skarżących]”. Otóż w świetle takich przedstawionych we wspomnianym piśmie nieprecyzyjnych i fragmentarycznych motywów oceny, które obejmują jedynie niektóre z podkryteriów pierwszego kryterium udzielenia i nie wskazują dokładnej punktacji instytucji zamawiającej przyznanej każdemu z poszczególnych podkryteriów, oraz z uwagi na milczenie specyfikacji zamówienia w kwestii wyważenia owych podkryteriów w całości, ani skarżące, ani Sąd nie są w stanie zrozumieć sposobu, w jaki instytucja zamawiająca przyznała, w ramach indywidualnej i porównawczej oceny przedstawionych ofert, punkty dostępne z tytułu pierwszego kryterium udzielenia i jego poszczególnych podkryteriów.
- 94 W związku z tym, poza stwierdzeniem oczywistego błędu w ocenie, o którym mowa w pkt 91 powyżej, Sąd nie jest w stanie nawet stwierdzić istnienia takich oczywistych błędów w tym zakresie, głównie z tego powodu, że decyzja o udzieleniu zamówienia nie zawiera wystarczającego uzasadnienia w rozumieniu art. 296 akapit drugi TFUE w związku z art. 100 ust. 2 akapit pierwszy ogólnego rozporządzenia finansowego (zob. poniżej pkt 125–135).

– Wniosek wstępny

- 95 Z uwagi na powyższe rozważania, z zastrzeżeniem oceny pierwszego zarzutu, dotyczącego braku uzasadnienia, należy uwzględnić zarzut dziewiąty niniejszej części zarzutu trzeciego, dotyczącego pierwszego kryterium oceny, w zakresie oczywistego błędu w ocenie stwierdzonego w pkt 91 powyżej, a w pozostałym zakresie oddalić tę część jako nieuzasadnioną.

W przedmiocie rzekomych oczywistych błędów w ustaleniu związanych z drugim kryterium udzielenia

- 96 Skarżące kwestionują negatywną ocenę ich oferty w świetle drugiego kryterium atrybucji, przedstawionego w piśmie z dnia 11 kwietnia 2011 r., zgodnie z którą brak jest „jakiegokolwiek przykładu produktu, jaki ma zostać dostarczony w celu zbadania przypadku: dziennego wykazu, rejestru elementów konfiguracji, sprawozdania z głównych indykatorów”. Na poparcie tej części, po pierwsze, zasadniczo podnoszą one, że OHIM nie odpowiedział na żaden ze szczegółowych zarzutów, jakie sformułowały one w tej kwestii w piśmie z dnia 18 kwietnia 2011 r. W rzeczywistości bowiem specyfikacja zamówienia nie wymagała takiego przykładu, lecz jedynie przedstawienia zadań i czynności, jakie miały zostać wykonane w dziedzinie doradztwa technicznego. Po drugie, w pkt 6.2 oferty pierwszej skarżącej przedstawione zostały przykłady form i modeli używanych dla każdego z dostarczanych produktów, co OHIM ostatecznie przyznał. Modele te były wyczerpująco i wystarczająco opisane w zakresie, w jakim przedstawiały one strukturę, sekcje i dokładną treść świadczeń, które miały zostać wykonane w ramach hipotetycznego scenariusza przedstawionego w specyfikacji zamówienia. Po trzecie, w piśmie z dnia 2 maja 2011 r. OHIM nie wyjaśnił, w jaki sposób pozostali oferenci przedstawili dowód na bardzo dobre przykłady produktów, jakie mają zostać dostarczone, ani też powodów, dla których ich oferty zostały uznane za oferty lepszej jakości niż oferty skarżących. Dowody, na które powołał się OHIM, nie są produktami, jakie mają zostać dostarczone w ramach świadczenia usług doradztwa technicznego, lecz jedynie produktami, jakie mają zostać dostarczone, związanymi z zarządzaniem projektem i sugerowanymi przez metodologię Prince2. W trakcie rozprawy skarżące dodały, o czym mowa w duplice, że w ramach oceny ofert na podstawie drugiego kryterium udzielenia OHIM ocenił w sposób pozytywny próbki wcześniejszych projektów przedstawione przez pozostałych oferentów, co stanowiłoby, po pierwsze, wprowadzenie a posteriori nowego podkryterium oraz, po drugie, sprzeczne z prawem pomieszczenie kryterium wyboru doświadczenia ze spornym kryterium udzielenia. Niemniej jednak z pkt 11 specyfikacji zamówienia, zatytułowanego „Przedstawienie przykładów”, jasno wynika, że „złożenie oferty nie jest uzależnione od obowiązku dołączenia do niej przykładów”.
- 97 OHIM odpowiedział, że termin „przykład” stosowany w piśmie z dnia 11 kwietnia 2011 r. powinien być rozumiany jako oznaczający zasadniczo „przedstawienie” proponowanych usług. W tym zakresie specyfikacja zamówienia wymagała opisanego sposobu, w jaki zadania i czynności będą wykonywane, a tym samym dokonania adekwatnego przedstawienia usług, popartego próbkami owych usług świadczonych w oparciu o wykaz planowanych prac nr 1. Negatywny komentarz dotyczący tego, że oferta pierwszej skarżącej zawierała jedynie pięć „dziewiczych próbek”, jako taki świadczył już o gorszej jakości oraz o tym, że skarżące wiedziały o konieczności załączenia do swej oferty próbek usług. Tymczasem w odróżnieniu od próbek przedstawionych przez pozostałych oferentów, w szczególności przez Accenture, który otrzymał na tym polu maksymalną liczbę punktów, przedstawione przez skarżące próbki dziewicze nie były dostosowane do wykazu planowanych prac nr 1. W trakcie rozprawy OHIM wyjaśnił, że postępując w ten sposób, nie ocenił on wcześniejszego doświadczenia oferentów, lecz jedynie uwzględnił okoliczność, że przedstawione próbki produktów, jakie miały zostać dostarczone, miały dodatkową wartość, co wskazywało na to, że wspomniani oferenci prawidłowo zrozumieli potrzeby OHIM oraz to, co było konieczne.
- 98 Przede wszystkim należy przypomnieć, że po pierwsze, drugie kryterium udzielenia przewidywało, iż „w oparciu o swoją metodologię i swoje doświadczenie oferent przedstawia zadania i czynności, jakie będzie wykonywał w dziedzinie doradztwa technicznego, obejmujące w szczególności (ale nie na

zasadzie wyłączności) [...] ocenę architektoniczną; ocenę wydajności; ocenę bezpieczeństwa; integrację z innymi systemami”, oraz że po drugie, oferta pierwszej skarżącej osiągnęła 24,5 na łączną liczbę 30 pkt z tytułu owego kryterium udzielenia, podczas gdy pozostali oferenci uzyskali, odpowiednio, 28 i 20 pkt.

- 99 Następnie należy stwierdzić, że kryterium ustanowione w piśmie OHIM z dnia 11 kwietnia 2011 r., zgodnie z którym oferta pierwszej skarżącej nie przedstawiała „żadnego przykładu produktu, jaki ma zostać dostarczony w celu zbadania danego przypadku [...]”, oparte jest na niezakwestionowanych okolicznościach, jako że skarżące ograniczyły się do przedstawienia dziewięciu próbek lub samych pustych modeli, które zostały dołączone do pkt 6.2 ich oferty.
- 100 Niemniej jednak ze specyfikacji zamówienia, a w szczególności z drugiego kryterium udzielenia nie wynika, że oferenci mieli obowiązek przedstawienia „przykład[ów] produktu, jaki ma zostać dostarczony w celu zbadania konkretnego przypadku”, ani też że takie przedstawienie mogłoby zostać uznane przez instytucję zamawiającą za wartość dodatkową, jak twierdzi OHIM w trakcie postępowania. Przeciwnie, jak podnoszą skarżące, pkt 11 specyfikacji zamówienia, zatytułowany „Przedstawienie próbek”, wyraźnie stanowi, że „złożenie oferty nie jest uzależnione od obowiązku dołączenia do niej przykładów”. W tym zakresie należy oddalić mało wiarygodny argument OHIM, zgodnie z którym pojęcie „przykładu”, którym to pojęciem posłużono się w piśmie z dnia 11 kwietnia 2011 r., powinno być rozumiane jako oznaczające zasadniczo „dostarczenie przedstawienia” własnych usług, ponieważ negatywny komentarz „żaden przykład produktu, jaki ma zostać dostarczony w celu zbadania konkretnego przypadku [...]” może być rozumiany tylko w ten sposób, że zdaniem organu zamawiającego skarżące nie przedstawiły takich przykładów. Ponadto powody, dla których organ zamawiający uznał, że oferta pierwszej skarżącej proponowała niewystarczające przedstawienie elementów „dziennego wykazu, rejestru elementów konfiguracji, sprawozdania z głównych indyktorów”, nie wynikają w wystarczająco precyzyjny sposób z tego pisma.
- 101 Okoliczności te wystarczają, by stwierdzić, że negatywny komentarz przedstawiony w piśmie OHIM z dnia 11 kwietnia 2011 r. nie znajduje żadnego oparcia w specyfikacji zamówienia, a tym samym jest obciążony oczywistym błędem w ocenie, przy czym nie ma potrzeby oceniania pozostałych zarzutów, jakie skarżące podniosły w tym zakresie.
- 102 W związku z tym należy uwzględnić część niniejszego zarzutu dotyczącą oceny oferty pierwszej skarżącej w świetle drugiego kryterium udzielenia.

W przedmiocie rzekomych oczywistych błędów w ocenie związanych z trzecim kryterium udzielenia

- 103 Należy przypomnieć, że trzecie kryterium udzielenia wymagało ze strony oferentów określenia „szacowan[ego] wysił[ku] przeznaczan[ego] na każde poszczególne zadanie i czynność w zakresie zarządzania projektem” oraz że w tym zakresie oferta pierwszej skarżącej uzyskała jedynie 4 na łączną liczbę 10 pkt. Na poparcie tej punktacji OHIM stwierdził w piśmie z dnia 11 kwietnia 2011 r., w odniesieniu do negatywnych aspektów, że „projekt, który nie jest związany z programem (podobnie jak wykaz planowanych prac nr 1), nie wymaga żadnego zarządzającego programem[;] występuje zbyt duża liczba poziomów wydatków ogólnych[;] szacowany wysiłek przeznaczony na zarządzanie projektem stanowi 24% całego wysiłku przeznaczonego na projekt przedstawiony w wykazie planowanych prac nr 1”. W piśmie z dnia 2 maja 2011 r. OHIM stwierdził ponadto, że „lepsze propozycje nie przewidywały przeznaczenia wysiłku na zarządzającego programem i w konsekwencji uzasadniały ten punkt” oraz że „[w] drodze porównania komisja konkursowa preferowała to podejście i przyznała mu wyższą punktację”.

[...]

107 Jeżeli chodzi przede wszystkim o błąd w obliczeniu lub w ocenie okoliczności faktycznych w zakresie szacowanego wysiłku przeznaczanego na zarządzanie programem, to znaczy 12% zamiast 24%, należy stwierdzić, że już na etapie postępowania przetargowego OHIM przyznał istnienie takiego błędu i w trakcie postępowania przedstawił pismo wewnętrzne z dnia 24 kwietnia 2011 r., przedstawiające alternatywne obliczenia pozwalające na stwierdzenie, że nawet w braku błędu w obliczeniach lub w przypadku przyznania maksymalnej liczby 10 pkt ofercie pierwszej skarżącej i tak zostałaby ona zaklasyfikowana na trzecim miejscu według mechanizmu kaskadowego. Otóż takie zwykłe błędy co do stanu faktycznego lub obliczenia, niebędące w stanie wyrzucić wpływu na wynik postępowania, nie mogą uzasadniać stwierdzenia nieważności zaskarżonego aktu (zob. podobnie wyroki: z dnia 19 października 2005 r., Freistaat Thüringen/Komisja, T-318/00, Zb.Orz., EU:T:2005:363, pkt 191 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 19 marca 2010 r., Evropaïki Dynamiki/Komisja, T-50/05, Zb.Orz., EU:T:2010:101, pkt 159).

108 W związku z tym ów niezakwestionowany błąd co do stanu faktycznego nie powinien prowadzić do stwierdzenia sprzeczności z prawem uzasadniającej stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji o udzieleniu zamówienia.

[...]

111 W związku z tym zarzuty skierowane przeciwko ocenie organu zamawiającego w świetle trzeciego kryterium udzielenia powinny zostać oddalone w całości.

[...]

Wniosek w przedmiocie zarzutu trzeciego

121 Z ogółu powyższych rozważań wynika, że z zastrzeżeniem pierwszego zarzutu dotyczącego braku uzasadnienia, należy uwzględnić, po pierwsze, zarzut dziewiąty części pierwszej, dotyczący pierwszego kryterium udzielenia w zakresie oczywistego błędu w ocenie stwierdzonego w pkt 91 powyżej, oraz po drugie, w całości część drugą, związaną z drugim kryterium udzielenia (zob. pkt 97–103 powyżej), oraz że w pozostałym zakresie zarzut trzeci należy oddalić.

W przedmiocie zarzutu pierwszego, dotyczącego braku uzasadnienia

122 W zarzucie pierwszym skarżące podnoszą liczne naruszenia art. 100 ust. 2 ogólnego rozporządzenia finansowego, art. 149 zasad wykonania, a także obowiązku uzasadnienia w rozumieniu art. 296 akapit drugi TFUE.

123 W tym kontekście skarżące wnoszą do Sądu o nakazanie OHIM przedstawienia pełnych, a nie utajnionych wersji ofert pozostałych umawiających się, a także pełnego sprawozdania z oceny, w tym komentarzy dotyczących tych ofert. Ponadto skarżące podnoszą zasadniczo, że wyciągi ze sprawozdania z oceny dotyczące oceny ich oferty są, z powodu ich wybrakowanego i mglistego charakteru, obarczone brakiem uzasadnienia uniemożliwiającym im skuteczne podniesienie ich praw i czyniącym, przynajmniej częściowo, niemożliwą kontrolę zgodności z prawem decyzji o udzieleniu zamówienia przez Sąd. Jest tak w szczególności w odniesieniu do wybrakowanych i niewystarczających powodów przedstawionych w piśmie z dnia 2 maja 2011 r. przez OHIM, który miał obowiązek uzasadnić porównawczą ocenę pierwszej skarżącej w stosunku do ofert pozostałych oferentów.

124 OHIM kwestionuje te argumenty i wnosi o oddalenie wniosku o zarządzenie środków organizacji postępowania i środków dowodowych.

- 125 W tym zakresie należy przypomnieć, że jeżeli, tak jak w niniejszej sprawie, instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii dysponują szerokim uznaniem jako organy zamawiające, to poszanowanie gwarancji zapewnianych przez porządek prawny Unii w ramach postępowania administracyjnego nabiera tym bardziej fundamentalnego znaczenia. Do gwarancji tych należy między innymi obowiązek wystarczającego uzasadnienia swoich decyzji przez właściwą instytucję. Tylko w ten sposób sąd Unii może zbadać, czy występują elementy stanu faktycznego i prawnego, od których zależy wykonanie praw uznaniowych (wyroki: z dnia 21 listopada 1991 r., Technische Universität München, C-269/90, Rec, EU:C:1991:438, s. 14; z dnia 20 maja 2009 r., VIP Car Solutions/Parlament, T-89/07, Zb.Orz., EU:T:2009:163, pkt 61; z dnia 12 grudnia 2012 r., Evropaïki Dynamiki/EFSA, T-457/07, EU:T:2012:671, pkt 42).
- 126 Na podstawie obowiązku uzasadnienia przewidzianego w art. 296 akapit drugi TFUE autor danego aktu powinien przedstawić w sposób jasny i jednoznaczny swoje rozumowanie w taki sposób, po pierwsze, aby pozwolić zainteresowanym na poznanie uzasadnienia przyjęcia danego środka w celu umożliwienia im wykonania ich praw, oraz po drugie, aby umożliwić sądowi sprawowanie kontroli. Ponadto ów wymóg uzasadnienia należy oceniać w zależności od okoliczności sprawy, w szczególności treści aktu, charakteru przedstawionych argumentów i interesu, jaki mogą mieć w uzyskaniu wyjaśnień adresaci lub inne osoby, których akt dotyczy bezpośrednio i indywidualnie (zob. wyrok z dnia 21 lutego 2013 r., Evropaïki Dynamiki/Komisja, T-9/10, EU:T:2013:88, pkt 25, 26 i przytoczone tam orzecznictwo). Obowiązek uzasadnienia stanowi również istotny wymóg formalny, który trzeba odróżnić od kwestii słuszności uzasadnienia, dotyczącej zgodności z prawem spornego aktu co do istoty (zob. wyrok z dnia 22 maja 2012 r., Evropaïki Dynamiki/Komisja, T-17/09, EU:T:2012:243, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 127 W dziedzinie udzielania zamówień publicznych art. 100 ust. 2 akapit pierwszy ogólnego rozporządzenia finansowego, a także art. 149 ust. 3 zasad wykonania ustanawiają warunki, w jakich organ zamawiający spełnia swój obowiązek uzasadnienia wobec oferentów.
- 128 Zgodnie z art. 100 ust. 2 akapit pierwszy ogólnego rozporządzenia finansowego „[z]amawiający powiadamia wszystkich kandydatów lub oferentów, których wnioski lub oferty zostały odrzucone, o podstawach podjęcia decyzji, a także wszystkich oferentów, których oferty zostały dopuszczone i którzy zwrócili się z prośbą na piśmie, o ogólnych danych oraz zaletach oferty, która wygrała przetarg, oraz nazwisku oferenta, któremu udzielono zamówienia”.
- 129 W tym zakresie z utrwalonego orzecznictwa wynika, że na podstawie tego przepisu nie można domagać się od organu zamawiającego, aby przekazał oferentowi, którego oferta nie została wybrana, poza powodami jej odrzucenia, po pierwsze, dokładne podsumowanie tego, w jaki sposób każdy ze szczegółów jego oferty został uwzględniony przy jej ocenie, oraz po drugie – w ramach podania do wiadomości charakterystycznych cech i zalet dotyczących wybranej oferty – szczegółową porównawczą ocenę tej oferty oraz oferty odrzuconej. Podobnie instytucja zamawiająca nie ma obowiązku przedstawiania przegrywającemu oferentowi, na jego pisemny wniosek, pełnej kopii sprawozdania z oceny (wyrok z dnia 4 października 2012 r., Evropaïki Dynamiki/Komisja, C-629/11 P, EU:C:2012:617, pkt 21–23; postanowienia: z dnia 20 września 2011 r., Evropaïki Dynamiki/Komisja, C-561/10 P, EU:C:2011:598, pkt 27; z dnia 29 listopada 2011 r., Evropaïki Dynamiki/Komisja, C-235/11 P, EU:C:2011:791, pkt 50, 51). Sąd Unii bada jednak, czy metoda stosowana przez instytucję zamawiającą przy technicznej ocenie ofert została opisana w jasny sposób w specyfikacji zamówienia, w tym w zakresie dotyczącym poszczególnych kryteriów udzielenia, ich odpowiedniej wagi przy ocenie, to znaczy przy obliczaniu łącznego wyniku, a także minimalnej i maksymalnej liczby punktów za każde kryterium (zob. podobnie ww. wyrok Evropaïki Dynamiki/Komisja, EU:C:2012:617, pkt 29).
- 130 Orzecznictwo wyjaśniło ponadto, że w przypadku gdy dana instytucja zamawiająca wysłała pismo w odpowiedzi na wniosek o dodatkowe wyjaśnienia w przedmiocie decyzji przed wniesieniem skargi, ale po terminie ustalonym w art. 149 ust. 3 zasad wykonania, pismo to może zostać również uwzględnione przy ocenie, czy uzasadnienie w danym przypadku było wystarczające. Obowiązek

uzasadnienia należy bowiem oceniać w zależności od informacji będących w posiadaniu skarżącej w momencie wniesienia skargi, przy czym jednak instytucja nie może zastąpić pierwotnego uzasadnienia uzasadnieniem całkiem nowym (zob. podobnie ww. w pkt 126 wyrok *Evropaiki Dynamiki/Komisja*, EU:T:2013:88, pkt 27, 28 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 131 Tytułem wstępu należy stwierdzić, że na podstawie orzecznictwa przytoczonego w pkt 129 powyżej instytucja zamawiająca nie ma obowiązku udzielenia przegrywającemu oferentowi dostępu do pełnej wersji oferty wygrywającego dany przetarg ani do pełnej wersji sprawozdania z oceny. Ponadto w niniejszej sprawie, z uwagi na pisma stron, dokumenty dołączone do akt oraz na wyniki rozprawy, Sąd uważa, że jest wystarczająco poinformowany, aby orzekać w niniejszej sprawie (zob. podobnie wyrok z dnia 16 listopada 2006 r., *Peróxidos Orgánicos/Komisja*, T-120/04, Zb.Orz., EU:T:2006:350, pkt 80), tak że nie należy uwzględniać wniosku skarżących o zarządzenie środków organizacji postępowania lub środków dowodowych (zob. podobnie wyrok z dnia 24 września 2009 r., *Erste Group Bank i in./Komisja* C-125/07 P, C-133/07 P i C-137/07 P, Zb.Orz., EU:C:2009:576, pkt 319; postanowienie z dnia 10 czerwca 2010 r., *Thomson Sales Europe/Komisja*, C-498/09 P, EU:C:2010:338, pkt 138).
- 132 Wreszcie jeżeli chodzi o powody przedstawione a posteriori przez OHIM, to znaczy w pismach z dnia 11 kwietnia i 2 maja 2011 r., nie zakwestionowano tego, że pisma te stanowią jako takie uzupełnienie decyzji o udzieleniu zamówienia na podstawie art. 100 ust. 2 akapit pierwszy ogólnego rozporządzenia finansowego, a także art. 149 ust. 3 zasad wykonania, które Sąd może uwzględnić. W każdym razie, pomimo że pismo OHIM z dnia 2 maja 2011 r. zostało przekazane skarżącym jedynie faksem z dnia 12 maja 2011 r., to znaczy po upływie terminu przewidzianego w art. 149 ust. 3 zasad wykonania, liczonego od daty pierwszego wniosku skarżących z dnia 30 marca 2011 r., to jednak pismo to może zostać uwzględnione przy ocenie wystarczającego charakteru uzasadnienia decyzji o udzieleniu zamówienia (zob. orzecznictwo przytoczone w pkt 130 powyżej).
- 133 W związku z tym należy wyjaśnić, czy i w jakim zakresie pisma te obarczone są brakiem uzasadnienia, w szczególności odnośnie do powodu, dla którego nie pozwoliły one skarżącym na poznanie uzasadnienia przyjętego środka w celu dochodzenia ich praw, a sądowni Unii na dokonanie kontroli istoty tego środka.
- 134 W tym zakresie należy przypomnieć, że w ramach oceny zarzutu trzeciego, w odniesieniu do zarzutów szóstego oraz od ósmego do jedenastego, związanych z pierwszym kryterium udzielenia, a także z gałęzią dotyczącą czwartego kryterium udzielenia, Sąd nie jest w stanie dokonać kontroli zgodności z prawem istoty decyzji o udzieleniu w zakresie, w jakim opiera się ona na indywidualnej i porównawczej ocenie ofert w świetle odnośnych technicznych kryteriów udzielenia. Tymczasem zakwestionowane oceny stanowią istotne elementy uzasadnienia konieczne dla prawidłowego zrozumienia wymogów specyfikacji zamówienia, wśród których to elementów znajdują się waga poszczególnych podkryteriów oraz indywidualna i porównawcza ocena ofert instytucji zamawiającej w tym zakresie (zob. pkt 81–86, 87–89 i 90–95 powyżej).
- 135 Z powyższego wynika, że decyzja o udzieleniu obarczona jest licznymi brakami w uzasadnieniu w rozumieniu art. 100 ust. 2 ogólnego rozporządzenia finansowego w związku z art. 296 akapit drugi TFUE oraz że należy uwzględnić zarzut pierwszy.

Wnioski w przedmiocie żądania stwierdzenia nieważności

- 136 W świetle powyższych rozważań z powodu błędów materialnych i formalnych popełnionych przez OHIM, stwierdzonych w ramach zarzutów od pierwszego do trzeciego, należy stwierdzić nieważność decyzji o udzieleniu zamówienia w całości, w tym w zakresie, w jakim dotyczy ona zaklasyfikowania pozostałych oferentów na miejscach pierwszym i drugim według mechanizmu kaskadowego (zob. pkt 34 tiret drugie powyżej).

2. W przedmiocie roszczenia o odszkodowanie

- 137 Jeżeli chodzi o roszczenie o odszkodowanie, należy przypomnieć, że na rozprawie skarżące ograniczyły zakres owego roszczenia, wycofując roszczenie o naprawienie szkody do szkody wynikającej z utraty rozsądnie oczekiwanego zysku, co zostało uwzględnione w protokole z rozprawy (zob. pkt 33 powyżej). Postępując w ten sposób, skarżące określiły, że nie chcą już uzyskać odszkodowania z tytułu utraty odnośnego zamówienia, lecz chcą jedynie odszkodowania za utratę szansy zawarcia umowy w sprawie tego zamówienia jako udzielający zaklasyfikowany na pierwszym miejscu, która to utrata różni się od utraty samego zamówienia (zob. podobnie wyroki: z dnia 21 maja 2008 r., Belfass/Rada, T-495/04, Zb.Orz., EU:T:2008:160, pkt 124; z dnia 20 września 2011 r., Evropaiki Dynamiki/EBI, T-461/08, Zb.Orz., EU:T:2011:494, pkt 210), a także naprawienia krzywdy moralnej poniesionej z uwagi na naruszenie ich reputacji i wiarygodności.
- 138 Zdaniem skarżących zasadniczo przyznanie odszkodowania i odsetek w formie takiego naprawienia szkody jest konieczne z uwagi na „nieodwracalną” odmowę przyznania im spornego zamówienia, ponieważ zostanie ono najprawdopodobniej w pełni wykonane w chwili ogłoszenia wyroku kończącego postępowanie. W rzeczywistości bowiem, nawet jeżeliby przyjąć, że Sąd stwierdzi nieważność decyzji o udzieleniu zamówienia oraz że OHIM zorganizuje nowe postępowanie przetargowe, to i tak warunki „konkurencyjne” udzielenia zamówienia nie będą już te same, co jest równoważne z oczywistą utratą szansy wyrządzającą im poważną szkodę. W ten sposób, podpisując umowę z innymi oferentem, OHIM doprowadził do powstania nieodwracalnej sytuacji faktycznej skutkującej ostateczną i niepodlegającą naprawie utratą szansy przyznania skarżącym zamówienia. Jeżeli chodzi o oczywistą szkodę – ponieważ można ją określić finansowo niezależnie od niepewności jej dokładnego obliczenia – skarżące szacują jej wartość w niniejszej sprawie, biorąc pod uwagę wartość zamówienia, złożoność kwestii technicznych oraz prestiż organu zamawiającego, na 650 000 EUR. W tym kontekście skarżące kwestionują, że pierwotny jednoroczny okres umowy i możliwość jego przedłużenia na kolejne trzy lata, a także możliwość skierowania przez OHIM szczególnych zamówień do umawiających się, mają wpływ na związek przyczynowy pomiędzy bezprawnym zachowaniem instytucji zamawiającej a poniesioną szkodą. W każdym razie przestrzeganie podstawowej zasady skutecznej ochrony sądowej nakazuje pełną naprawę szkody poniesionej przez poszkodowanego oferenta.
- 139 OHIM kwestionuje taką argumentację, a w szczególności kwotę odszkodowania z tytułu utraty szansy lub naruszenia reputacji lub wiarygodności skarżących, istnienie takiego naruszenia oraz, z uwagi na szeroki zakres uznania organu zamawiającego, związek przyczynowy pomiędzy zarzucanymi naruszeniami prawa i wspomnianym naruszeniem z jednej strony a rzekomo poniesioną szkodą z drugiej strony.
- 140 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem powstanie pozaumownej odpowiedzialności Unii z tytułu bezprawnego działania jej organów w rozumieniu art. 340 akapit drugi TFUE uzależnione jest od jednoczesnego spełnienia przesłanek, którymi są: bezprawność czynu zarzucanego instytucji, rzeczywiste powstanie szkody i istnienie związku przyczynowego pomiędzy zarzucanym zachowaniem a podniesioną szkodą (zob. wyrok z dnia 15 października 2013 r., Evropaiki Dynamiki/Komisja, T-474/10, EU:T:2013:528, pkt 215 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 141 W tym zakresie należy przypomnieć, że roszczenie o odszkodowanie jest oparte na tych samych naruszeniach co powołane na poparcie wniosku o stwierdzenie nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia oraz że decyzja ta jest obciążona licznymi naruszeniami prawa materialnego, w tym naruszeniami zasad równości szans i przejrzystości (zob. pkt 53 powyżej) oraz oczywistymi błędami w ocenie (zob. pkt 96, 102 i 121 powyżej), a także wieloma brakami w uzasadnieniu (zob. pkt 86, 89, 95, 134 i 135 powyżej).
- 142 Niemniej jednak, jeżeli chodzi o istnienie związku przyczynowego pomiędzy owymi naruszeniami prawa materialnego i prawa formalnego a rzekomo poniesioną szkodą, z utrwalonego orzecznictwa wynika, że brak uzasadnienia nie może jako taki powodować odpowiedzialności Unii, w szczególności

z uwagi na to, że nie można wykazać, iż w przypadku zamieszczenia uzasadnienia zamówienie zostałyby udzielone, a nawet powinno zostać udzielone stronie skarżącej (zob. podobnie wyroki: z dnia 20 października 2011 r., *Alfatar Benelux/Rada*, T-57/09, EU:T:2011:609, pkt 49; z dnia 17 października 2012 r., *Evropaïki Dynamiki/Trybunał Sprawiedliwości*, T-447/10, EU:T:2012:553, pkt 123; z dnia 14 stycznia 2015 r., *Veloss International i Attimedia/Parlament*, T-667/11, EU:T:2015:5, pkt 72).

- 143 W związku z tym w niniejszej sprawie nie można przyznać istnienia związku przyczynowego pomiędzy stwierdzonymi brakami uzasadnienia a poniesioną przez skarżące szkodą.
- 144 Natomiast jeżeli chodzi o związek przyczynowy pomiędzy z jednej strony stwierdzonymi naruszeniami prawa materialnego, to znaczy naruszeniem zasad równości szans i przejrzystości oraz oczywistymi błędami w ocenie, a z drugiej strony utratą szansy, OHIM nie może ograniczać się do stwierdzenia, że z uwagi na szeroki zakres swobodnego uznania jako instytucja zamawiająca nie miał on obowiązku podpisania umowy ramowej ze skarżącymi (zob. podobnie ww. w pkt 137 wyrok *Evropaïki Dynamiki/EBI*, EU:T:2011:494, pkt 211). W niniejszej sprawie należy stwierdzić, że naruszenia prawa materialnego popełnione przez organ zamawiający w ramach indywidualnej i porównawczej oceny ofert oferentów były w stanie wpłynąć na szanse pierwszej skarżącej do zaklasyfikowania jej na pozycjach pierwszej lub drugiej w mechanizmie kaskadowym. Wynika to w szczególności z porównawczej oceny owych ofert w świetle pierwszego kryterium udzielenia, w ramach której OHIM kierował się oczywiście błędną lekturą specyfikacji zamówienia i na podstawie której oferta pierwszej skarżącej uzyskała jedynie 22,81 na łączną liczbę 40 pkt. Z powyższego wynika również, że pomimo szerokiego zakresu uznania organu zamawiającego dotyczącego udzielenia spornego zamówienia utrata szansy doznana w niniejszej sprawie przez skarżącą stanowi rzeczywistą i pewną szkodę w rozumieniu orzecznictwa (zob. podobnie wyrok z dnia 9 listopada 2006 r., *Agraz i in./Komisja*, C-243/05 P, Zb.Orz., EU:C:2006:708, pkt 26–42; opinia rzecznika generalnego P. Cruza Villalóna w sprawie *Giordano/Komisja*, C-611/12 P, Zb.Orz., EU:C:2014:195, pkt 61; ww. w pkt 137 wyrok *Evropaïki Dynamiki/EBI*, EU:T:2011:494, pkt 66, 67). W rzeczywistości bowiem w niniejszej sprawie sama okoliczność, że pierwsza skarżąca została zaklasyfikowana na trzecim miejscu w mechanizmie kaskadowym i w ten sposób zaakceptowana jako potencjalny kontrahent, czyni mało wiarygodną hipotezę, zgodnie z którą organ zamawiający mógłby nie przyznać jej spornego zamówienia.
- 145 Ponadto, jak słusznie podniosły skarżące, w sytuacji takiej jak w niniejszej sprawie, w której na zakończenie postępowania spornego przed Sądem istnieje poważne ryzyko, że przedmiotowe zamówienie zostanie już w całości wykonane, sam brak uznania przez sąd Unii utraty takiej szansy i konieczności przyznania rekompensaty w tym zakresie byłby sprzeczny z zasadą skutecznej ochrony sądowej ustanowionej w art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej. W rzeczywistości bowiem w takiej sytuacji stwierdzenie nieważności z mocą wsteczną decyzji o udzieleniu zamówienia nie przynosi już żadnej korzyści przegrywającemu oferentowi, tak że utrata szansy jawi się jako niemożliwa do naprawienia. Ponadto, należy uwzględnić okoliczność, że z uwagi na warunki regulujące postępowanie w sprawie środków tymczasowych przed Prezesem Sądu oferent, po sprzecznych z prawem ocenie i oddaleniu jego oferty, jedynie w rzadkich przypadkach może uzyskać zawieszenie wykonania takiej decyzji [postanowienia: z dnia 23 kwietnia 2015 r., *Komisja/Vanbreda Risk & Benefits*, C-35/15 P(R), Zb.Orz., EU:C:2015:275; z dnia 4 lutego 2014 r., *Serco Belgium i in./Komisja* T-644/13 R, Zb.Orz., EU:T:2014:57, pkt 18 i nast.].
- 146 W związku z tym Sąd uważa, że w niniejszej sprawie konieczna jest wypłata odszkodowania pierwszej skarżącej z tytułu utraty szansy, w zakresie, w jakim decyzja o udzieleniu zamówienia, nawet w przypadku stwierdzenia jej nieważności z mocą wsteczną, praktycznie unicestwiła możliwość lepszego zaklasyfikowania oferty tej skarżącej, a tym samym szansę przyznania jej umów o wykonanie poszczególnych zamówień w ramach wykonania umowy ramowej.

- 147 Niemniej jednak, jeżeli chodzi o zakres naprawienia szkody związanej z utratą szansy, oszacowaną przez skarżące na 650 000 EUR, Sąd w obecnym stanie postępowania, z uwagi na dowody w aktach sprawy, nie jest w stanie ostatecznie wypowiedzieć się co do wysokości odszkodowania, jakie Unia powinna przyznać pierwszej skarżącej. Ponieważ nie można jeszcze rozstrzygnąć kwestii oszacowania szkody, z uwagi na względy ekonomii procesowej właściwe jest orzeczenie w pierwszym etapie w drodze wyroku częściowego odnośnie do odpowiedzialności Unii. Ustalenie kwot odszkodowania wynikającego z naruszeń prawa popełnionych przez OHIM nastąpi w późniejszym etapie, bądź to w drodze porozumienia pomiędzy stronami, bądź, w razie jego braku, w drodze orzeczenia Sądu (zob. podobnie wyrok z dnia 16 września 2013 r., ATC i in./Komisja, T-333/10, Zb.Orz., EU:T:2013:451, pkt 199 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 148 Niemniej jednak w tym celu w niniejszej sprawie przypomina się, że zarówno strony, jak i Sąd powinny wziąć pod uwagę następujące kwestie.
- 149 Po pierwsze, należy uwzględnić okoliczność, że szacowana wartość spornego zamówienia ustalona w ogłoszeniu o przetargu wynosi 13 000 000 EUR bez podatków za maksymalny czteroletni okres wykonywania umowy ramowej oraz że w związku z tym wartość uzyskania umowy ramowej na pierwszy rok wynosi co najmniej 3 250 000 EUR.
- 150 Po drugie, należy ustalić stopień prawdopodobieństwa zwycięstwa oferty pierwszej skarżącej, to znaczy szansę zaklasyfikowania jej na miejscach pierwszym lub drugim w mechanizmie kaskadowym, w braku poszczególnych naruszeń prawa popełnionych przez OHIM w postępowaniu przetargowym. W tym zakresie należy wziąć pod uwagę fakt, że żadna z ofert technicznych i finansowych pierwszej skarżącej nie została zaklasyfikowana na drugim miejscu (zob. tabele przedstawione w pkt 12 i 20 powyżej) oraz że zgodnie ze sposobem obliczania przedstawionym w pkt 13.5 specyfikacji zamówień wyważenie wspomnianych ofert w celu udzielenia spornego zamówienia wynosiło 50/50.
- 151 Po trzecie, należy uwzględnić okoliczność, że umowa ramowa jest przyznawana i podpisywana jedynie na początkowy okres jednego roku oraz że brak jest jakiegokolwiek pewności, iż zostanie ona odnowiona przez OHIM na kolejne trzy lata (zob. pkt 14.3 specyfikacji zamówienia oraz pkt 1.2.5 projektu umowy ramowej). Należy również ocenić możliwość, że pierwszy kontrahent jest w stanie spełnić wymogi poszczególnych zamówień wystosowywanych przez instytucję zamawiającą zarówno w trakcie pierwszego roku wykonywania umowy ramowej, jak i w trakcie kolejnych lat w przypadku jej odnowienia. Z powyższego wynika konieczność dostosowania stopnia prawdopodobieństwa wygrania przetargu w zależności od braku pewności odnowienia umowy ramowej i oceny braku możliwości wykonania przez wspomnianego umawiającego owych zleceń.
- 152 Po czwarte, należy ustalić szkodę, za którą przysługuje odszkodowanie, z uwzględnieniem zysku netto, jaki mógł zostać osiągnięty przez pierwszą skarżącą w trakcie wykonywania umowy ramowej. W tym zakresie należy przypomnieć, że skarżące zwróciły uwagę na to, iż w 2006 r. w ramach projektów handlowych pierwsza skarżąca osiągnęła średni zysku brutto w wysokości 10,33%.
- 153 Po piąte, należy odliczyć zyski osiągnięte w inny sposób przez pierwszą skarżącą w wyniku braku przyznania jej spornego zamówienia, aby uniknąć wypłaty nadmiernego odszkodowania.
- 154 Po szóste, w celu ustalenia łącznej kwoty odszkodowania z tytułu utraty szansy należy pomnożyć ustalony zysk netto przez stopień prawdopodobieństwa zwycięstwa.
- 155 Wreszcie, jeżeli chodzi o rzekome naruszenie reputacji i wiarygodności skarżących, wystarczy stwierdzić, iż z orzecznictwa wynika, że ewentualne stwierdzenie nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia przez Sąd co do zasady wystarcza do naprawienia szkody wyrządzonej owym naruszeniem (zob. podobnie postanowienie z dnia 20 września 2005 r., Deloitte Business Advisory/Komisja,

T-195/05 R, Zb.Orz., EU:T:2005:330, pkt 126) i nie ma konieczności orzekania, czy nieuzasadnione w odpowiednim przypadku zaklasyfikowanie oferty pierwszej skarżącej według mechanizmu kaskadowego, zamiast na miejscach pierwszym lub drugim stanowi takie naruszenie.

- 156 Z uwagi na ogół powyższych rozważań należy uwzględnić roszczenie o odszkodowanie skarżących w zakresie, w jakim dotyczy ono odszkodowania za utratę szansy, i oddalić je w pozostałym zakresie.
- 157 Jeżeli chodzi o kwotę odszkodowania z tytułu utraty szansy, należy wezwać strony, z zastrzeżeniem późniejszej decyzji Sądu, do uzgodnienia tej kwoty w świetle powyższych rozważań i do przedstawienia Sądowi, w terminie trzech miesięcy liczonych od daty wydania niniejszego wyroku, kwoty odszkodowania ustalonej w ugodzie, a w jej braku – do przedstawienia mu w tym samym terminie wniosków dotyczących proponowanych kwot (zob. ww. w pkt 147 wyrok ATC i in./Komisja, EU:T:2013:451, pkt 101).

W przedmiocie kosztów

- 158 Rozstrzygnięcie o kosztach nastąpi w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie.

Z powyższych względów

SĄD (czwarta izba)

orzeka, co następuje:

- 1) **Decyzja OHIM wydana w ramach przetargu otwartego AO/021/10, zatytułowanego „Usługi zewnętrzne na potrzeby zarządzania programem i projektem oraz na potrzeby doradztwa technicznego w dziedzinie technologii informatycznych”, doręczona European Dynamics Luxembourg SA pismem z dnia 28 marca 2011 r. o zaklasyfikowaniu jej oferty na trzecim miejscu według mechanizmu kaskadowego w celu udzielenia umowy ramowej, a także o zaklasyfikowaniu ofert Consortium Unisys SLU i Charles Oakes & Co. Sàrl z jednej strony oraz ETIQ Consortium (by everis i Trasys) z drugiej strony, odpowiednio, na miejscach pierwszym i drugim, jest nieważna.**
- 2) **Unia Europejska jest zobowiązana do naprawienia szkody poniesionej przez European Dynamics Luxembourg z tytułu utraty szansy przyznania jej umowy ramowej jako pierwszemu kontrahentowi w mechanizmie kaskadowym.**
- 3) **Roszczenie odszkodowawcze zostaje oddalone w pozostałym zakresie.**
- 4) **Strony przedstawią Sądowi w terminie trzech miesięcy liczonych od dnia ogłoszenia wyroku wysokość kwoty odszkodowania ustaloną w ugodzie.**
- 5) **W braku ugody strony przedstawią Sądowi w tym samym terminie swoje wnioski dotyczące kwoty.**
- 6) **Rozstrzygnięcie o kosztach nastąpi w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie.**

Prek

Labucka

Kreuschitz

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 7 października 2015 r.

Podpisy