



Zbirka odločb sodne prakse

SODBA SPLOŠNEGA SODIŠČA (drugi senat)

13. oktobra 2015*

„Javna naročila storitev — Postopek javnega razpisa — Tehnična pomoč srbski carinski upravi v okviru modernizacije carinskega sistema — Nasprotje interesov — Ponudba ponudnika, ki jo je delegacija Evropske unije v Republiki Srbiji zavrnila — Zavrnitev pritožbe, vložene zoper zavrnitev ponudbe, z molkom“

V zadevi T-403/12,

Intrasoft International SA s sedežem v Luxembourg (Luksemburg), ki jo zastopa S. Pappas, odvetnik,

tožeča stranka,

proti

Evropski komisiji, ki jo zastopata F. Erlbacher in E. Georgieva, agenta,

tožena stranka,

zaradi predloga za razglasitev ničnosti dopisa Komisije, ki deluje prek delegacije Evropske unije v Republiki Srbiji, z dne 10. avgusta 2012, v katerem je navedeno, da javnega naročila storitev, ki se nanaša na postopek javnega razpisa EuropeAid/131367/C/SER/RS z naslovom „Tehnična pomoč srbski carinski upravi v okviru modernizacije carinskega sistema“ (UL 2011/S 160-262712), ni mogoče oddati konzorciju, katerega del je bila družba Intrasoft International SA, in predloga za razglasitev ničnosti domnevne zavrnitve z molkom, s katero naj bi bila zavrjnena pritožba tožeče stranke zoper dopis z dne 10. avgusta 2012,

SPLOŠNO SODIŠČE (drugi senat),

v sestavi M. E. Martins Ribeiro, predsednica, S. Gervasoni in L. Madise (poročevalec), sodnika,

sodni tajnik: L. Grzegorzcyk, administrator,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 27. januarja 2015

izreka naslednjo

* Jezik postopka: angleščina.

Sodbo

Dejansko stanje

- 1 Tožeča stranka Intrasoft International SA je družba s sedežem v Luxembourg (Luksemburg).
- 2 Javni razpis EuropeAid/131367/C/SER/RS (v nadaljevanju: javni razpis) je bil 23. avgusta 2011 objavljen v dodatku k *Uradnemu listu Evropske unije* (UL 2011/S 160-262712).
- 3 Predmet tega razpisa je bila oddaja javnega naročila storitev z naslovom „Tehnična pomoč srbski carinski upravi v okviru modernizacije carinskega sistema“. Za izvedbo razpisa je bilo prvotno predvideno obdobje 24 mesecev in maksimalni proračun 4.100.000 EUR.
- 4 Javni razpis je spadal v okvir instrumenta za predpristopno pomoč, ki ga uvaja in ureja Uredba Sveta (ES) št. 1085/2006 z dne 17. julija 2006 o vzpostavitvi instrumenta za predpristopno pomoč (IPA) (UL L 210, str. 82). Namen tega instrumenta je zagotovitev pomoči več državam, med katerimi je tudi Srbija, pri postopnem usklajevanju s standardi in politikami ter s pravnim redom Evropske unije, in sicer z namenom prihodnjega pristopa. Ta pomoč se zagotavlja zlasti s tem, da Evropska komisija razpisuje in oddaja javna naročila za opravljanje storitev, ki jih izbrani ponudniki zagotavljajo upravičenki, v obravnavanem primeru Srbiji.
- 5 Naročnik je bila Unija, ki jo predstavlja Komisija, ki deluje prek svoje delegacije v Republiki Srbiji (v nadaljevanju: naročnik).
- 6 V skladu s pogoji javnega naročila bi morale biti to oddano ponudniku ekonomsko najugodnejše ponudbe v okviru omejenega postopka, ki je sestavljen iz dveh faz, in sicer predizbora in oddaje.
- 7 V okviru faze predizbora so morale zainteresirane stranke do 30. septembra 2011 oddati kandidature, skupaj z nekaterimi podatki o svojih finančnih, tehničnih in poklicnih sposobnostih za doseg cilja naročila. Po presoji kandidatur bi morala ocenjevalna komisija sestaviti ožji seznam kandidatov, ki izpolnjujejo pogoje, na katerem bi bilo od štiri do osem kandidatov, ki se jih povabi k sodelovanju v drugi fazi postopka, in sicer oddaji naročila.
- 8 Tožeča stranka je med tem postopom javnega razpisa naročniku postavila pisna vprašanja v skladu s točko 3.3.5, naslovljeno „Dodatne informacije med postopkom“, *Praktičnega priročnika za sklepanje pogodb v okviru zunanjih dejavnosti Komisije*, ki so ga službe Komisije pripravile za konkretno izvajanje finančnih pomoči tretjim državam (v nadaljevanju: praktični priročnik). Med drugim je vprašala, ali je treba šteti, da je družba ali strokovnjak, ki namerava sodelovati v postopku zadevnega javnega razpisa, v položaju nasprotja interesov, ker je bil v okviru prejšnjega postopka javnega razpisa udeležen pri izvrševanju projekta EuropeAid/128180/C/SER/RS.
- 9 Naročnik je v dopisu z dne 26. aprila 2012 tožeči stranki odgovoril, da „družba ali strokovnjak, ki je sodeloval pri izvedbi projekta EuropeAid/128180/C/SER/RS in namerava sodelovati v javnem razpisu EuropeAid/131367/C/SER/RS, ni v položaju nasprotja interesov, [ker] javni razpis EuropeAid/128180/C/SER/RS ni vključeval priprave dokumentacije, potrebne za javni razpis EuropeAid/131367/C/SER/RS“.
- 10 Tožeča stranka je vložila svojo dokumentacijo za sodelovanje v javnem razpisu v okviru konzorcija z družbama Serbian Business Systems d. o. o. in Belit d. o. o.

- 11 Naročnik je v dopisu z dne 10. avgusta 2012 tožeči stranki sporočil, da javno naročilo ne more biti oddano konzorciju, katerega del je (v nadaljevanju: dopis z dne 10. avgusta 2012). Ta dopis je vseboval ta pojasnila:
- tožeča stranka je imela privilegiran dostop do določenega števila dokumentov, ki so sestavni del postopka javnega razpisa, ki je v teku, in ki so bili izhodišče za določitev dejavnosti, zajetih z zadevnim javnim naročilom. Privilegiran dostop, ki ga je imela, je bil povezan z njeno udeležbo pri pisanju navedenih dokumentov v okviru prejšnjega postopka javnega razpisa EuropeAid/128180/C/SER/RS, zaradi česar naročnik na podlagi člena 2.3.6 praktičnega priročnika meni, da je pogoj nasprotja interesov izpolnjen;
 - naročnik je lahko podrobnosti okoliščin obravnavanega primera preveril šele po tem, ko je natančno preučil vsako posamezno kandidaturo posebej;
 - tožeča stranka lahko izrazi svoje nestrinjanje ali zahteva dodatne informacije do 17. avgusta 2012, ko bo naročnik začel postopek oddaje.
- 12 Tožeča stranka je 13. avgusta 2012 v elektronskem sporočilu zahtevala, naj naročnik ponovno preuči odločbo iz dopisa z dne 10. avgusta 2012 o zavrnitvi ponudbe konzorcija, katerega del je bila, in naj postopek javnega razpisa prekine, dokler tožeča stranka ne prejme dodatnih informacij o razlogih za navedeno zavrnitev.
- 13 Naročnik je v dopisu z dne 12. septembra 2012 tožeči stranki sporočil, da javnega naročila ne more oddati konzorciju, katerega del je, zaradi nasprotja interesov, navedenega v dopisu z dne 10. avgusta 2012, in ji posredoval ime konzorcija, kateremu je treba naročilo oddati v skladu z mnenjem ocenjevalne komisije (v nadaljevanju: dopis z dne 12. septembra 2012).

Postopek in predlogi strank

- 14 Tožeča stranka je 11. septembra 2012 v sodnem tajništvu Splošnega sodišča vložila to tožbo, s katero zahteva razglasitev ničnosti odločbe iz dopisa z dne 10. avgusta 2012 in domnevne zavrnitve njene pritožbe z molkom.
- 15 Tožeča stranka je z ločenim aktom, ki je bil v sodno tajništvo Splošnega sodišča vložen 21. septembra 2012, predlagala odlog izvršitve odločbe iz dopisa z dne 10. avgusta 2012, domnevne zavrnitve njene pritožbe z molkom in odločbe iz dopisa z dne 12. septembra 2012, ki je bil izdan po vložitvi ničnostne tožbe pred Splošnim sodiščem.
- 16 Sodnik za začasne odredbe je s sklepom z dne 14. novembra 2012 v zadevi Intrasoft International/Komisija (T-403/12 R, EU:T:2012:600) zavrnil predlog za izdajo začasne odredbe zaradi neobstoja nujnosti.
- 17 Ker je bila sestava senatov Splošnega sodišča spremenjena, je bil sodnik poročevalec razporejen v drugi senat, kateremu je bila zato dodeljena obravnavana zadeva.
- 18 Splošno sodišče (drugi senat) je na podlagi poročila sodnika poročevalca odločilo, da bo začelo ustni del postopka.
- 19 Stranki sta na obravnavi 27. januarja 2015 podali ustne navedbe in odgovorili na ustna vprašanja Splošnega sodišča.
- 20 Ustni del postopka je bil končan 12. februarja 2015.

- 21 Tožeča stranka Splošnemu sodišču predlaga, naj:
- odločbo delegacije Unije v Republiki Srbiji iz dopisa z dne 10. avgusta 2012 in zavrnitev njene pritožbe zoper to odločbo z molkom razglasi za nična, tako da se ji dovoli sodelovanje v poznejših fazah javnega razpisa;
 - toženi stranki naloži plačilo stroškov.
- 22 Komisija Splošnemu sodišču predlaga, naj:
- tožbo zavrže kot nedopustno;
 - podredno, tožbo zavrne kot neutemeljeno;
 - tožeči stranki naloži, da nosi svoje stroške in stroške, ki jih je Komisija prijavila v tem postopku in v postopku za izdajo začasne odredbe v zadevi T-403/12 R.
- 23 Kot je bilo zapisano v zapisnik obravnave, je tožeča stranka na vprašanje, postavljeno na obravnavi, pojasnila, da dopis z dne 12. septembra 2012, ki ga je naročnik poslal dan po vložitvi tožbe pred Splošnim sodiščem, ni predmet te tožbe niti spremembe njenih predlogov. Tožeča stranka je v zvezi s tem pojasnila, da je bil dopis z dne 12. septembra 2012 zgolj potrditveni akt dopisa z dne 10. avgusta 2012 in da ga je obravnavala kot takega.

Pravo

Dopustnost

- 24 Najprej je treba opozoriti, da sta akta, ki sta predmet te tožbe (v nadaljevanju: izpodbijana akta), prvič, dopis z dne 10. avgusta 2012, v katerem je navedeno, da zadevno javno naročilo storitev ne more biti oddano konzorciju, katerega del je tožeča stranka, ker je slednja v položaju nasprotja interesov, in drugič, domnevna zavrnitev pritožbe, ki jo je tožeča stranka vložila zoper dopis z dne 10. avgusta 2012, z molkom.
- 25 Komisija – ne da bi formalno vložila ugovor nedopustnosti na podlagi člena 114 Poslovnika Splošnega sodišča – v odgovoru na tožbo navaja argumente, s katerimi izpodbija dopustnost tožbe glede izpodbijanih aktov.
- 26 Trdi namreč, da dopisa z dne 10. avgusta 2012 ni mogoče izpodbijati, ker je bil njegov namen zgolj obvestiti tožečo stranko, da je bilo glede njene kandidature ugotovljeno nasprotje interesov, in navesti razloge za to ugotovitev. Edini akt, ki je lahko predmet ničnostne tožbe, naj bi bil sklep, posredovan z dopisom z dne 12. septembra 2012, ki pa naj bi postal za tožečo stranko pravnomočen, ker ni bil izpodbijan v določenem roku.
- 27 Glede domnevne zavrnitve pritožbe z molkom Komisija pojasnjuje, da je rok petnajst delovnih dni za vložitev pritožbe, naveden v točki 2.4.15.1 praktičnega priročnika, zgolj „pravilo maksimalnega prizadevanja“, določeno v interesu dobrega upravljanja, in da zato neobstoja odgovora v tem roku ni mogoče šteti za zavrnitev pritožbe tožeče stranke z molkom. V praktičnem priročniku naj namreč ne bi bilo mogoče določiti obveznih pravil glede rokov za vložitev pritožbe pred Splošnim sodiščem.
- 28 Iz ustaljene sodne prakse v zvezi z dopustnostjo ničnostnih tožb izhaja, da se je treba za opredelitev izpodbijanih aktov opreti tako na vsebino teh aktov kot na namen njihovih avtorjev. V zvezi s tem so izpodbijni akti načeloma ukrepi, ki dokončno določajo stališče Komisije ob koncu upravnega

postopka in ki povzročijo zavezujoče pravne učinke, ki lahko vplivajo na interese tožeče stranke, razen vmesnih ukrepov, katerih cilj je priprava končne odločbe in ki nimajo takih učinkov (glej sodbo z dne 17. julija 2008, Athinaiki Techniki/Komisija, C-521/06 P, ZOdl., EU:C:2008:422, točka 42 in navedena sodna praksa).

- 29 Oblika sprejetega akta ali odločbe načeloma ne vpliva na dopustnost ničnostne tožbe. Na opredelitev zadevnega akta torej ne vpliva, ali ta izpolnjuje določene formalne zahteve, in sicer, ali ga je avtor pravilno poimenoval, ali je zadostno obrazložen oziroma ali so v njem navedene določbe, ki so njegova pravna podlaga. Tako ni upoštevno, da ta akt ni označen kot „sklep“ ali da ne vsebuje sklicevanja na določbe PDEU, ki določajo pravna sredstva zoper njega (glej po analogiji zgoraj v točki 28 navedeno sodbo Athinaiki Techniki/Komisija, EU:C:2008:422, točki 43 ter 44 in navedena sodna praksa).
- 30 V nasprotnem primeru bi se Komisija lahko samo s kršitvijo takih formalnih zahtev izognila nadzoru sodišča Unije. Iz ustaljene sodne prakse namreč izhaja, da ker je Unija pravna skupnost, v kateri so njene institucije zavezane nadzoru skladnosti njihovih aktov s Pogodbo, je treba postopkovna pravila, ki se uporabljajo za tožbe, o katerih odločajo sodišča Unije, razlagati tako, da bo uporaba teh pravil čim bolj prispevala k doseganju cilja, to je k zagotavljanju učinkovitega sodnega varstva pravic, ki jih imajo posamezniki na podlagi prava Unije (glej zgoraj v točki 28 navedeno sodbo Athinaiki Techniki/Komisija, EU:C:2008:422, točka 45 in navedena sodna praksa).
- 31 Ob upoštevanju teh preudarkov je treba najprej ugotoviti, ali izpodbijana akta, navedena zgoraj v točki 24, kot trdi tožeča stranka, posegata v njen položaj in sta torej lahko predmet ničnostne tožbe.

Dopustnost tožbe zoper dopis z dne 10. avgusta 2012

- 32 Zavezujoče pravne učinke akta je treba presoјati glede na objektivna merila, kot je vsebina tega akta (glej po analogiji sodbo z dne 20. marca 1997, Francija/Komisija, C-57/95, ZOdl., EU:C:1997:164, točka 9), pri čemer je treba upoštevati okoliščine, v katerih je bil sprejet (glej po analogiji sklep z dne 13. junija 1991, Sunzest/Komisija, C-50/90, ZOdl., EU:C:1991:253, točka 13, in sodbo z dne 26. januarja 2010, Internationaler Hilfsfonds/Komisija, C-362/08 P, ZOdl., EU:C:2010:40, točka 58), in pooblastila institucije, ki je akt sprejela (glej po analogiji sodbo z dne 1. decembra 2005, Italija/Komisija, C-301/03, ZOdl., EU:C:2005:727, točka 28).
- 33 V obravnavanem primeru je treba preizkusiti, ali je mogoče dopis z dne 10. avgusta 2012 glede na njegovo vsebino, dejanski in pravni kontekst, v katerega se umešča, in pooblastilo organa, ki ga je sprejel, opredeliti za akt, ki posega v položaj tožeče stranke.
- 34 V zvezi s tem je treba najprej navesti, da v obravnavanem primeru ni sporno, da je mogoče izpodbijana akta, ki ju je napisala delegacija Unije v Republiki Srbiji, pripisati Komisiji, ki je torej v okviru te tožbe zakonita tožeča stranka. Kot pravilno navaja tožeča stranka, iz sodne prakse Splošnega sodišča namreč izhaja, da akti, ki jih sprejme navedena delegacija, ki deluje kot odredbodajalec na podlagi nadaljnega prenosa pooblastil Komisije, tej delegaciji ne omogočajo pridobitve statusa tožene stranke, in jih je v obravnavanem primeru torej mogoče pripisati Komisij (glej v tem smislu sklep z dne 4. junija 2012, Elti/delegacija Unije v Črni gori, T-395/11, ZOdl., EU:T:2012:274, točka 64).
- 35 Drugič, prav tako ni sporno, da je tožeča stranka kot članica konzorcija naslovnica aktov, ki so nanj naslovljeni, ker je struktura navedenega konzorcija glede na njegove člane transparentna (glej v tem smislu sodbo z dne 19. marca 2010, Evropaiki Dynamiki/Komisija, T-50/05, ZOdl., EU:T:2010:101, točka 40).

36 Na prvem mestu, glede vsebine dopisa z dne 10. avgusta 2012 je treba opozoriti, da je v njem navedeno:

„Žal vas moramo obvestiti [...], da je bilo glede vaše kandidature ugotovljeno nasprotje interesov in [da javnega naročila] torej ni mogoče oddati vašemu konzorciju. Naročnik je ugotovil, da pogodbe ni mogoče oddati konzorciju, [katerega del ste,] ker ste v položaju nasprotja interesov. Naročnik je v skladu s točko 2.3.6 [praktičnega priročnika] ugotovil, da so pogoji [za] obstoj nasprotja interesov izpolnjeni [...]“.

37 Iz besedila tega dopisa je torej razvidno, da njegov avtor tožeče stranke ni zgolj obvestil o svoji nameri izključiti jo iz oddaje naročila, kot trdi Komisija, ampak ji je sporočil tudi odločitev, da se javno naročilo ne odda konzorciju, katerega del je.

38 Te ugotovitve ne omajata dejstvo, da je v dopisu z dne 10. avgusta 2012 naveden rok, v katerem se naročnika lahko obvesti o nestrinjanju ali se ga zaprosi za dodatne informacije. Cilj take navedbe, ki je v skladu z določbami točke 2.4.15.1 praktičnega priročnika, je naslovniku akta na eni strani zlasti dati možnost, da s pritožbo zaščiti svoje interese, ki so bili prizadeti z zadevo odločbo, ne da bi moral uveljavljati sodno varstvo, in na drugi strani mu omogočiti, da pridobi dodatna pojasnila o že sprejeti odločbi.

39 Poleg tega možnost vložitev pritožbe, kot je med drugim navedeno v točki 2.4.15.3 praktičnega priročnika in pojasnilni opombi na dnu strani, na katero je napoteno v tej točki, ne posega v pravico naslovnika akta, da v rokih, ki jih izrecno določa pravo Unije, vloži pravno sredstvo pri Splošnem sodišču (glej v tem smislu sodbo z dne 15. septembra 2011, CMB in Christof/Komisija, T-407/07, EU:T:2011:477, točka 103). Iz tega izhaja, da taka možnost tožeče stranke ne razbremeni spoštovanja navedenih rokov za vložitev ničnostne tožbe pri Splošnem sodišču.

40 Na drugem mestu je glede konteksta, v katerega se umešča dopis z dne 10. avgusta 2012, treba navesti, da se ta dopis nanaša na presojo pogojev za izključitev izbranih ponudnikov za oddajo javnega naročila, kot so navedeni v točki 2.3.3 praktičnega priročnika, v skladu z navedbami iz odstavka 15 razpisa za oddajo javnega naročila. Taka presoja je bila končana z navedbo, da javnega naročila ni mogoče oddati konzorciju, katerega del je tožeča stranka. Iz listin iz spisa namreč ni razvidno, da bi bila po dopisu z dne 10. avgusta 2012 presoja ponudbe konzorcija, katerega del je bila tožeča stranka, ponovno izvedena.

41 Dodati je treba, da je v dopisu z dne 10. avgusta 2012 njegov avtor navedel, da bo, če ne bo ugovorov ali zahtev za dodatne informacije, „nadaljeval s postopkom oddaje javnega naročila v skladu s pravili praktičnega priročnika“. Vendar je treba ugotoviti, da je bilo v dopisu z dne 12. septembra 2012, ki je bil tožeči stranki poslan dan po tem, ko je vložila tožbo pri Splošnem sodišču, navedeno ime izbranega ponudnika, ki ga je predlagala ocenjevalna komisija. Iz tega je razvidno, da je naročnik kljub zahtevi, ki jo je tožeča stranka navedla v pritožbi z dne 13. avgusta 2012, naj postopek javnega razpisa, ki je v teku, prekine, postopek nadaljeval in med preostalimi kandidati izbral potencialnega izbranega ponudnika.

42 V zvezi s tem je treba dodati, da je navedbo v zadnji vrstici dopisa z dne 12. septembra 2012 o možnosti izpodbijanja zadevne odločbe v skladu s točko 2.4.15 praktičnega priročnika, mogoče razlagati tako, da se nanaša na možnosti izpodbijanja določbe o oddaji javnega razpisa drugemu ponudniku. Zadevna navedba torej ni odločilna za opredelitev dopisa z dne 12. septembra 2012 za dokončno odločbo o izključitvi tožeče stranke. Nasprotno, taka navedba dodatno dokazuje, da postopek javnega razpisa, kot pravilno trdi tožeča stranka, ni bil prekinjen in je bil končan s tem, da je ocenjevalna komisija navedla potencialnega izbranega ponudnika.

- 43 Zato je treba ugotoviti, da je glede na kontekst, v katerega se umešča dopis z dne 10. avgusta 2012, njegov avtor zavzel stališče o možnosti sodelovanja tožeče stranke v fazi oddaje javnega naročila, poleg tega navedel, da je tožeča stranka v položaju nasprotja interesov, in na tej podlagi ugotovil, da javnega razpisa ni mogoče oddati konzorciju, katerega del je.
- 44 Na tretjem mestu, glede pooblastil avtorja izpodbijanega dopisa, torej delegacije Unije v Republiki Srbiji, ta delegacija, kot je bilo navedeno v točki 5 zgoraj, deluje kot naročnica na podlagi nadaljnega prenosa pooblastil Komisije. Zadevni akt zato ni zgolj mnenje ocenjevalne komisije o pogojih za izključitev ponudnika zaradi nasprotja interesov, ampak odločba naročnika, ki lahko kot taka ustvarja obvezne pravne učinke za svojega naslovnika.
- 45 Iz navedenega je razvidno, da je dopis z dne 10. avgusta 2012 glede na svojo vsebino, pravni in dejanski kontekst, v katerega se umešča, in pooblastila organov, ki so ga sprejeli, lahko ustvarjal pravne učinke, ki vplivajo na interese tožeče stranke, tako da gre za akt, ki posega v njen položaj in je lahko predmet ničnostne tožbe pred Splošnim sodiščem.
- 46 V nasprotju s tem, kar trdi Komisija, je tožeča stranka, soočena z aktom, ki posega v njen položaj, v smislu sodne prakse, navedene zgoraj v točkah od 28 do 30 in 32, pravilno vložila to tožbo v rokih, računanih od sprejetja navedenega akta. Kot izhaja iz sodne prakse, navedene zgoraj v točki 39, in iz točk 2.4.15.1 in 2.4.15.3 praktičnega priročnika, ji za vložitev te tožbe ni bilo treba čakati na odgovor na pritožbo, ki jo je vložila 13. avgusta 2012.
- 47 Ker je bil dopis z dne 10. avgusta 2012 opredeljen za akt, ki ga je mogoče izpodbijati, je treba odgovoriti na argumente Komisije, v skladu s katerimi dopis z dne 12. septembra 2012 vsebuje odločbo, ki posega v položaj tožeče stranke in s katero naj bi, ker ni bila izpodbijana v rokih za vložitev tožbe, izločitev tožeče stranke iz postopka javnega razpisa zaradi nasprotja interesov postala pravnomočna. V zvezi s to trditvijo je treba preveriti, ali pravni interes tožeče stranke obstaja tudi po tem, ko je naročnik sprejel dopis z dne 12. septembra 2012, kar predpostavlja, da obstaja možnost, da se z izidom tožbe stranki, ki jo je vložila, zagotovi koristi (glej v tem smislu sklep z dne 25. junija 2014, Accorinti in drugi/ECB, T-224/12, EU:T:2014:611, točka 68).
- 48 V zvezi s tem je iz sodne prakse razvidno, da se razglasitev ničnosti potrditvenega akta in razglasitev ničnosti prejšnjega akta enačita, tako da razglasitev ničnosti prejšnjega akta samodejno zajema razglasitev ničnosti potrditvenega akta (glej v tem smislu sodbo z dne 5. maja 1998, Združeno kraljestvo/Komisija, C-180/96, ZOdl., EU:C:1998:192, točka 28 in navedena sodna praksa). Če potrjena odločba ni postala pravnomočna, lahko zadevna oseba torej izpodbija bodisi potrjeno odločbo, bodisi potrditveno odločbo, bodisi obe (glej sodbo z dne 16. septembra 1998, Waterleiding Maatschappij/Komisija, T-188/95, ZOdl., EU:T:1998:217, točka 108 in navedena sodna praksa).
- 49 Prvič, v obravnavanem primeru je treba ugotoviti, da navedba mnenja ocenjevalne komisije, da se javno naročilo odda drugemu konzorciju iz dopisa z dne 12. septembra 2012, temu dopisu ne more dati lastnosti akta, ki nadomešča dopis z dne 10. avgusta 2012 glede zavrnitve ponudbe konzorcija, katerega del je bila tožeča stranka. Ta navedba namreč ne spreminja niti obrazložitve, niti vsebine, niti učinkov odločbe iz dopisa z dne 10. avgusta 2012 v delu, v katerem se ta med drugim nanaša na izključitev tožeče stranke iz postopka javnega razpisa zaradi nasprotja interesov in posledično zavrnitev ponudbe konzorcija, katerega del je.
- 50 Drugič, glede navedbe, da je naročnik upošteval elemente, ki jih je tožeča stranka navedla v dopisu z dne 13. avgusta 2012, je treba navesti, da – čeprav je res, da je dopis z dne 12. septembra 2012 odgovor na pritožbo tožeče stranke – elementi, ki jih je ta navedla v tem dopisu, ne pomenijo novih ali bistvenih dejstev v primerjavi z dejstvi, ki so bila naročniku že znana v trenutku prejetja dopisa z dne 10. avgusta 2012, v skladu s sodno prakso, ki se nanaša na opredelitev dejstev za „nova in bistvena“ (glej v tem smislu sodbo z dne 7. februarja 2001, Inpesca/Komisija, T-186/98, ZOdl., EU:T:2001:42, točki 50 ter 51 in navedena sodna praksa). Tožeča stranka je s temi elementi naročnika

namreč zgolj opozorila, da je obstoj nasprotja interesov glede nje že izključil s tem, da jo je o tem obvestil v dopisu z dne 26. aprila 2012 (glej točko 9 zgoraj). Dopis z dne 12. septembra 2012 tudi ne vsebuje informacij o morebitni ponovni preučitvi položaja tožeče stranke ali ocene njene ponudbe po tem, ko je bil poslan dopis z dne 10. avgusta 2012.

- 51 Dalje, čeprav lahko ponudniki, ki niso bili izbrani, v skladu s členom 149(3), četrti pododstavek, Uredbe Komisije (ES, Euratom) št. 2342/2002 z dne 23. decembra 2002 o določitvi podrobnih pravil za izvajanje Uredbe (ES, Euratom) št. 1605/2002 (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 1, zvezek 4, str. 145) od naročnika pisno zahtevajo, naj jim sporoči „dodatne informacije glede razlogov za zavrnitev“, posredovanje takih dodatnih informacij ne nadomesti odločbe, s katero je bila ponudba zadevnega ponudnika zavrnjena, saj se taka odločba lahko obrazloži v več fazah (glej sodbo z dne 22. maja 2012, Sviluppo Globale/Komisija, T-6/10, EU:T:2012:245, točka 29 in navedena sodna praksa).
- 52 Iz navedenega je razvidno, da naročnik z dopisom z dne 12. septembra 2012 v bistvu zgolj potrjuje stališče, ki ga je že navedel v dopisu z dne 10. avgusta 2012, pri čemer se opira na iste dejanske in pravne elemente. Nobena informacija iz tega dopisa ne pomeni novega ali bistvenega elementa, na podlagi katerega bi ta dopis dobil lastnost odločbe, ki se nanaša na izključitev tožeče stranke in ki bi nadomeščala ali zamenjujevala dopis z dne 10. avgusta 2012.
- 53 Dopis z dne 12. septembra 2012 zato tej tožbi, vloženi zoper odločbo iz dopisa z dne 10. avgusta 2012, ni odvzel smisla, tako da pravni interes tožeče stranke, ki želi odpraviti svojo izključitev iz postopka javnega razpisa in zavrnitev ponudbe konzorcija, katerega del je bila, v obravnavanem primeru še naprej obstaja. V nasprotju s tem, kar trdi Komisija, in kot je že bilo navedeno zgoraj v točki 46, je tožeča stranka pravilno vložila tožbo za razglasitev ničnosti odločbe iz dopisa z dne 10. avgusta 2012, ki ima pravne učinke za njene interese in zanjo obvezno velja. V nasprotnem primeru bi tvegala, da bi ji Komisija očitala, da je tožbo vložila prepozno, ker je dopis z dne 12. septembra 2012 v bistvu in kot pravilno trdi tožeča stranka zgolj akt, ki potrjuje dopis z dne 10. avgusta 2012.
- 54 Iz ustaljene sodne prakse je namreč razvidno, da če tožeča stranka zamudi rok za izpodbijanje odločbe, s katero je bil nedvoumno uveden ukrep, ki ima pravne učinke za njene interese in zanjo obvezno velja, ne more doseči, da bi ta rok ponovno začel teči, tako, da od institucije zahteva, naj o odločbi ponovno odloči, in vloži tožbo zoper zavrnilno odločbo, s katero bi bila potrjena predhodna odločba (glej sklep z dne 10. oktobra 2006, Evropaiki Dynamiki/Komisija, T-106/05, EU:T:2006:299, točka 55 in navedena sodna praksa).
- 55 Zato je treba presoditi, da je tožba za razglasitev ničnosti odločbe iz dopisa z dne 10. avgusta 2012 dopustna.

Zavrnitev pritožbe tožeče stranke z molkom

- 56 Glede predloga za razglasitev ničnosti zavrnitve pritožbe tožeče stranke z molkom je treba preučiti, ali je to domnevno zavrnitev mogoče opredeliti kot izpodbojni akt v smislu člena 263 PDEU.
- 57 V zvezi s tem je treba opozoriti, da molk institucije, ki je bila pozvana, naj zavzame stališče, ne more imeti zavezujočih pravnih učinkov, razen če tako posledico izrecno določa določba prava Unije. Če izrecna določba, ki bi določala rok, po izteku katerega bi se štelo, da je bila odločba z molkom sprejeta in njena vsebina opredeljena, v pravu Unije ne obstaja, nedelovanja institucije ni mogoče enačiti z odločbo, ne da bi se s tem vzbudil dvom o sistemu sodnega varstva, ki ga vzpostavlja Pogodba (sodba z dne 13. decembra 1999, SGA/Komisija, T-189/95, T-39/96 in T-123/96, ZOdl., EU:T:1999:317, točki 26 in 27).

- 58 V skladu s sodno prakso Splošnega sodišča pa je praktični priročnik zgolj delovno orodje, ki razlaga postopke, ki se uporabijo na nekaterih področjih, in ne more biti pravna podlaga za vložitev obvezne predhodne upravne pritožbe (sodba z dne 8. oktobra 2008, Sogelma/AER, T-411/06, ZOdl., EU:T:2008:419, točka 66). Navedeni priročnik v obravnavanem primeru tudi ne more biti pravna podlaga za določitev prekluzivnega roka organa, ki mora odgovoriti na pritožbo. Nedelovanja naročnika po izteku roka, določenega v točki 2.4.15.1 praktičnega priročnika, zato ni mogoče opredeliti za zavrnitev pritožbe tožeče stranke. Poleg tega praktični priročnik ne določa nobene posledice izteka zadevnega roka.
- 59 Glede na navedeno je treba presoditi, da je treba tožbo v delu, v katerem se z njo zahteva razglasitev ničnosti odločbe o zavrnitvi z molkom, razglasiti za nedopustno.

Utemeljenost

- 60 Tožeča stranka v utemeljitev tožbe navaja dva razloga. Prvi vsebuje dva očitka, od katerih se eden nanaša na kršitev razpisne dokumentacije zadevnega javnega razpisa, drugi pa na kršitev načela dobrega upravljanja. Z drugim tožbenim razlogom tožeča stranka zatrjuje kršitev člena 94 Uredbe Sveta (ES, Euratom) št. 1605/2002 z dne 25. junija 2002 o finančni uredbi, ki se uporablja za splošni proračun Evropskih skupnosti (v nadaljevanju: finančna uredba) (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 1, zvezek 4, str. 74).
- 61 Najprej je treba obravnavati drugi tožbeni razlog.
- 62 V okviru drugega tožbenega razloga, ki se nanaša na kršitev člena 94 finančne uredbe, tožeča stranka navaja prvi očitek, s katerim trdi, da preden je bila dokončno izključena iz postopka javnega razpisa, ni imela možnosti predstaviti svojih stališč, in drugi očitek, s katerim trdi, da v podporo obstoju položaja nasprotja interesov v zvezi z njo ni bil predložen noben prepričljiv dokaz. V utemeljitev trditve, da mora v bistvu izključitev ponudnika temeljiti na obstoju dejanskega tveganja nasprotja interesov, ki ga potrjujejo specifične okoliščine posameznega primera, pri čemer se zadevni osebi omogoči, da dokaže, da nasprotja interesov ni, se sklicuje na sodno prakso Splošnega sodišča v zvezi z uporabo člena 94 finančne uredbe (sodba z dne 18. aprila 2007, Deloitte Business Advisory/Komisija, T-195/05, ZOdl., EU:T:2007:107, točka 67) in na točko 2.3.6 praktičnega priročnika.
- 63 Tožeča stranka med drugim glede elementov, ki omogočajo izključitev obstoja nasprotja interesov, poudarja, da ni bila udeležena pri pripravi razpisne dokumentacije ali pogojev za projekt javnega razpisa EuropeAid/131367/C/SER/RS. Poleg tega pojasnjuje, da ni razpolagala z več informacijami kot drugi ponudniki. Tožeča stranka zato meni, da zgolj na podlagi dejstva, da je sodelovala pri pripravi dokumentacije v okviru drugega postopka javnega razpisa, pri čemer ta priprava v okviru novega naročila ni bila upoštevana, ni mogoče ugotoviti, da v zvezi z njo obstaja položaj nasprotja interesov. Meni tudi, da je iz sodne prakse Sodišča (sodba z dne 3. marca 2005, Fabricom, C-21/03 in C-34/03, ZOdl., EU:C:2005:127) razvidno, da izkušnje, pridobljene v okviru prejšnjega naročila, ne morejo izkrivljati konkurence, saj bi bilo treba sicer iz tega razloga večino ponudnikov izključiti iz novih postopkov javnih razpisov.
- 64 Komisija trdi, da je bila tožeči stranki v dopisu z dne 10. avgusta 2012 izrecno dana možnost, da svoj položaj pojasni pred sprejetjem odločbe iz dopisa z dne 12. septembra 2012. Poleg tega naj bi bilo iz zadnjenavedenega dopisa razvidno, da je naročnik „ustrezno upošteval elemente, ki [jih je tožeča stranka] navedla v [svojem] dopisu [...] z dne 13. avgusta [2012]“, in se oprl na analizo konkretnih ponudb.

65 Glede dokazov zadevnega nasprotja interesov Komisija trdi, da je bilo, kot je razvidno iz dopisa z dne 12. septembra 2012, določeno število dokumentov, ki jih je napisala tožeča stranka v okviru prejšnjega naročila, vključeno v razpisno dokumentacijo novega javnega razpisa. Ti dokumenti „[naj bi bili] podlaga za pomemben del dejavnosti, ki so predmet javnega razpisa, ki je v teku“. Kot navaja tožeča stranka, Komisija ne izpodbija tega, da so bili dokumenti dani na razpolago vsem potencialnim kandidatom. Vendar Komisija odgovarja, da je imela tožeča stranka dostop do navedenih dokumentov pred drugimi ponudniki, zaradi česar je imela konkurenčno prednost, zlasti pri iskanju usposobljenih strokovnjakov. Poleg tega Komisija namiguje, ne da bi trdila, da je v obravnavanem primeru tako, da je lahko tožeča stranka, ker je sodelovala pri njihovi pripravi, zadevne dokumente lahko napisala tako, da si je zagotovila konkurenčno prednost pri zadevnem javnem naročilu.

66 Nazadnje, sodna praksa, ki jo navaja tožeča stranka (zgoraj v točki 63 navedena sodba Fabricom, EU:C:2005:127, točki 29 in 36), naj ne bi podpirala teze tožeče stranke, ampak bolj stališče Komisije, da oseba, ki je sodelovala pri določenih pripravljalnih delih, zaradi informacij o zadevnem javnem naročilu, ki jih je lahko pridobila ob opravljanju omenjenih pripravljalnih del, resnično lahko ima prednost pri pripravi ponudbe. Pri pripravi svojih ponudb pa morajo imeti vsi ponudniki enake možnosti. Komisija zato meni, da zadostuje, da je dokazala obstoj tveganja konkurenčne prednosti tožeče stranke, ne da bi bilo treba dokazati, da je imela navedena prednost v obravnavanem primeru konkretne posledice.

67 Pojasniti je treba, da oddajo javnega naročila storitev Komisije urejajo določbe naslova V prvega dela finančne uredbe.

68 Pravna podlaga za dopis z dne 10. avgusta 2012 je člen 94 finančne uredbe, ki je povzet v točki 15 razpisne dokumentacije. V skladu z njim se zadevna uredba uporablja za vsa javna naročila, ki se v celoti ali delno financirajo iz proračuna Skupnosti in sedaj Unije.

69 Člen 94 finančne uredbe vsebuje te določbe:

„V postopku oddaje javnega naročila tega ni mogoče oddati kandidatom ali ponudnikom:

(a) pri katerih se ugotovi navzkrižje interesov [...]“

70 Odstavek 15 razpisne dokumentacije, naslovljen „Razlogi za izključitev“, določa:

„Ponudniki morajo skupaj s ponudbo predložiti podpisano izjavo v standardni obliki, s katero izjavljajo, da niso v enem od položajev, naštetih v točki 2.3.3 [praktičnega priročnika], ki zahtevajo izključitev.“

71 V skladu s točko 2.3.3 praktičnega priročnika:

„Naročilo ne sme biti oddano kandidatom oziroma ponudnikom, ki so v teku postopka naročila:

(a) v položaju, ki pomeni nasprotje interesov;

[...]“

Potrebno je opozoriti, da je treba pred predlogom (ocenjevalna komisija) in odločitvijo (naročnik) o izključitvi kandidata/ponudnika/prosilca upoštevati načela, kot sta načeli pravice do obrambe in sorazmernosti. V ta namen, razen če ne obstajajo trdni dokazi, da nadaljnje poizvedbe niso potrebne (npr. kadar kandidat/ponudnik/prosilec sam izrecno prizna dejstva, ki povzročijo izključitev), bo izključitev temeljila na kontradiktornemu postopku z zadevnim kandidatom/ponudnikom/prosilcem.“

72 V točki 2.3.6 praktičnega priročnika, navedeni v dopisu z dne 10. avgusta 2012, je uporabljen pojem nasprotje interesov, ki je opredeljen tako:

„Nasprotje interesov: nasprotje interesov obstaja, kadar je nepristransko in objektivno delovanje naročnika ali enako obravnavanje kandidata/ponudnika/prosilca pri postopku oddaje ali izvedbe pogodbe ogroženo zaradi družinskih, čustvenih, političnih ali narodnostnih razlogov, gospodarskega interesa ali kakršnega koli drugega skupnega interesa s prejemnikom finančne pomoči od [Unije]. Nasprotje interesov na primer obstaja, kadar posameznik, ki sodeluje v postopku (ocenjevalna komisija, naročnik, itd.), lahko sebi ali drugemu zagotovi neupravičene neposredne ali posredne ugodnosti, tako da vpliva na izid postopka, ali kadar [ima] strokovnjak/družba možnost pridobiti privilegirane informacije, ki vodijo do nelojalne konkurence v poznejših ali povezanih postopkih.

Na primer vsaka družba ali strokovnjak, ki sodeluje pri pripravi projekta (na primer pri pripravi razpisnih pogojev), mora biti na splošno izključen iz sodelovanja pri javnem razpisu, na katere se nanaša, razen če naročniku dokaže, da [njegova] udeležba v prejšnjih fazah postopka javnega naročila ne pomeni nelojalne konkurence.

Kandidati/ponudniki/prosilci ki so v položaju nasprotja interesov v okviru postopka oddaje javnega naročila/subvencije morajo biti iz navedenega postopka izključeni. Razloge za izključitev je treba analizirati za vsak primer posebej. V skladu s sodno prakso Sodišča Evropske unije mora izključitev temeljiti na obstoju dejanskega tveganja nasprotja interesov, ki je razvidno iz specifičnih okoliščin zadevnega primera. S samodejno izključitvijo se kandidatu/ponudniku/prosilcu onemogoči predložitev dokazov, s katerimi bi bilo mogoče ovreči sum nasprotja interesov.

[...]“

73 V obravnavanem primeru je treba preučiti, ali je naročnik lahko ugotovil, da v zvezi s tožečo stranko v skladu s členom 94(a) finančne uredbe, kot ga razlaga sodna praksa, obstaja tveganje nasprotja interesov zaradi elementov, s katerimi je ob sprejetju odločbe iz dopisa z dne 10. avgusta 2012 razpolagala tožeča stranka.

74 V zvezi s tem je treba opozoriti, da člen 94 finančne uredbe omogoča izključitve ponudnika iz postopka za oddajo javnega naročila le zaradi dejanskega in ne hipotetičnega nasprotja interesov. To pa ne pomeni, da tveganje nasprotja interesov ne zadostuje za izključitev ponudbe. Do dejanskega nasprotja interesov namreč načeloma ne more priti prej kot med izvrševanjem pogodbe. Pred sklenitvijo pogodbe je lahko nasprotje interesov le potencialno in zato navedeni člen finančne uredbe nalaga presojo tveganja. Vendar je treba to tveganje na podlagi konkretne presoje ponudbe in položaja ponudnika dejansko ugotoviti, da se tega lahko izključi iz postopka. Zgolj možnost nasprotja interesov v ta namen ne zadostuje (zgoraj v točki 62 navedena sodba Deloitte Business Advisory/Komisija, EU:T:2007:107, točka 67).

75 Pojem nasprotja interesov je objektivne narave in je treba za njegovo opredelitev izključiti namene zadevnih oseb, zlasti njihovo dobro vero (glej sodbo z dne 20. marca 2013, Nexans France/Skupno podjetje Fusion for Energy, T-415/10, ZOdl., EU:T:2013:141, točka 115 in navedena sodna praksa).

76 Ni absolutne obveznosti, ki bi veljala za naročnike, da sistematično izključijo ponudnike v položaju nasprotja interesov, saj taka izključitev ni upravičena, kadar je mogoče dokazati, da ta položaj ni vplival na njihovo ravnanje v okviru postopka javnega razpisa in ne vključuje dejanskega tveganja, da bi se pojavile prakse, ki bi lahko izkrivljale konkurenco med ponudniki. Izključitev ponudnika v položaju nasprotja interesov pa je nujna, kadar ni ustrežnejšega načina za preprečitev vsakršnega kršenja načel enakega obravnavanja ponudnikov in transparentnosti (zgoraj v točki 74 navedena sodba Nexans France/Skupno podjetje Fusion for Energy, EU:T:2013:141, točki 116 et 117).

- 77 V skladu z ustaljeno sodno prakso mora namreč naročnik v vsaki fazi postopka nadzorovati, ali je spoštovano načelo enakega obravnavanja in posledično enake možnosti vseh ponudnikov (glej sodbo z dne 12. julija 2007, Evropaïki Dynamiki/Komisija, T-250/05, EU:T:2007:225, točka 45 in navedena sodna praksa).
- 78 Natančneje, načelo enakih možnosti v skladu s sodno prakso zahteva, da imajo vsi ponudniki pri postavljanju pogojev svojih ponudb enake možnosti, in torej zahteva, da za vse ponudnike veljajo enaki pogoji. Cilj načela transparentnosti, ki je povezano z njim, je predvsem zagotoviti neobstoje tveganja favoriziranja in samovolje naročnika. Zahteva, da so vsi pogoji in načini postopka oddaje v obvestilu o razpisu ali v razpisni dokumentaciji oblikovani jasno, natančno in enopomensko (sodba z dne 9. septembra 2009, Brink's Security Luxembourg/Komisija, T-437/05, ZOdl., EU:T:2009:318, točki 114 in 115). Načelo transparentnosti poleg tega zahteva, da so vse tehnične informacije, ki so pomembne za dobro razumevanje obvestila o razpisu ali razpisne dokumentacije, dane na razpolago, kakor hitro je mogoče, vsem podjetjem, ki so udeležena v postopku oddaje javnih naročil, da se tako na eni strani vsem razumno obveščenim in običajno prizadevnim ponudnikom omogoči, da jih razumejo v pravilnem obsegu in razlagajo na enak način, in na drugi, da se naročniku omogoči učinkovit preizkus, ali ponudbe ponudnikov ustrezajo merilom, ki urejajo zadevno naročilo (glej sodbo z dne 29. januarja 2014, European Dynamics Belgium in drugi/EMA, T-158/12, EU:T:2014:36, točka 60 in navedena sodna praksa).
- 79 Iz sodne prakse, navedene zgoraj v točkah od 74 do 78, je razvidno, da razlogovanje tveganja nasprotja interesov zahteva konkretno presojo ponudbe na eni in položaja zadevnega ponudnika na drugi strani in da je izključitev tega ponudnika ukrep, namen katerega je spoštovanje načela transparentnosti in enakih možnosti ponudnikov.
- 80 Za ugotovitev, ali gre v obravnavanem primeru za kršitev člena 94 finančne uredbe, je treba torej v okviru objektivne analize, pri kateri se izključi namene tožeče stranke, preveriti, ali je iz njenega položaja in konkretne presoje njene ponudbe razvidno tveganje nasprotja interesov.
- 81 Na prvem mestu je treba poudariti, da Komisija trdi, da je namen izključitve tožeče stranke zaradi nasprotja interesov zagotoviti spoštovanje načela enakega obravnavanja ponudnikov. V zvezi s tem trdi, da je imela tožeča stranka pred drugimi ponudniki dostop do nekaterih dokumentov, ki so bili uporabljeni kot izhodišče za del dejavnosti, povezanih s projektom zadevnega javnega naročila, ker je bila tožeča stranka del konzorcija, ki je zadevne dokumente napisal v okviru drugega postopka javnega naročila. Iz dopisa z dne 10. avgusta 2012 je razvidno, da naj bi tožeča stranka na podlagi tega dostopa razpolagala s „privilegiranimi informacijami“ v smislu točke 2.3.6 praktičnega priročnika. Komisija v skladu s tem, kar je navedeno v zadevnem dopisu, meni, da je bila tožeča stranka, ker je imela ta dostop pred drugimi ponudniki, v primerjavi z njimi v konkurenčni prednosti.
- 82 Vendar ni mogoče sprejeti, da lahko tveganje nasprotja interesov temelji zgolj na tem, da je imela tožeča stranka pred drugimi ponudniki dostop do dokumentov, ki so del drugega postopka javnega razpisa, ker je bila del konzorcija, ki je napisal te dokumente, ki so bili nato obdržani, da bi bili uporabljeni kot referenca za dejavnosti, povezane z javnim razpisom iz obravnavanega primera.
- 83 Argumenta Komisije, da je tožeča stranka kot del konzorcija, ki je napisal zadevne dokumente, lahko vplivala na njihovo pripravo tako, da si je zagotovila konkurenčno prednost pri zadevnem javnem naročilu, ni mogoče sprejeti. V zvezi s tem je iz sodne prakse, navedene zgoraj v točkah 74 in 75, razvidno, da mora biti nasprotje interesov objektivno, kar zahteva izločitev namena zadevne osebe, in da zgolj možnost nasprotja interesov ne more zadoščati, ker mora biti navedeno tveganje v obravnavanem primeru dejansko ugotovljeno. Verjetnost nasprotja interesov tako ne more temeljiti zgolj na domnevi, da je bila tožeča stranka ob pripravi zadevnih dokumentov v okviru drugega postopka javnega razpisa seznanjena z namenom naročnika, da bo objavil novo obvestilo o javnem

naročilu, in njegovim namenom, da bo uporabil dokumente, ki jih je napisal konzorcij, katerega del je bila, kot podlago za nekatere dejavnosti, na katere se nanaša javno naročilo, ki je predmet novega javnega razpisa.

- 84 V smislu sodne prakse, navedene zgoraj v točki 66, in točke 2.3.6 praktičnega priročnika tveganje nasprotja interesov obstaja pri osebi, ki je zadolžena za pripravljala dela v okviru javnega naročila in se udeleži tega istega naročila. V zvezi s tem je treba poudariti, da se je Sodišče, ko je v točki 29 zgoraj v točki 63 navedene sodbe Fabricom (EU:C:2005:127) uporabilo izraz „pripravljala dela“, sklicevalo na dela, opravljena v okviru enega samega in istega postopka javnega razpisa.
- 85 Komisija zato priprave dokumentov, napisanih v okviru drugega postopka javnega razpisa, ni mogla upravičeno enačiti s pripravljalnimi dejanji iz postopka zadevnega javnega razpisa v smislu sodne prakse, navedene zgoraj v točki 63, razen če bi bila objektivno in konkretno dokazala, da so bili navedeni dokumenti pripravljani za postopek zadevnega javnega razpisa in da je tožeča stranka zaradi njih dejansko imela korist. Če takega dokaza ni, dokumentov, ki so bili pripravljani v okviru nekega postopka javnega razpisa in ki jih je naročnik pozneje uporabil kot referenco za del dejavnosti v drugem postopku javnega razpisa, ni mogoče šteti za „pripravljala dela“ v smislu navedene sodne prakse niti v smislu točke 2.3.6 praktičnega priročnika, v kateri so pripravljala dela opredeljena kot dela za „pripravo projekta“, kot je izdelava razpisne dokumentacije.
- 86 V obravnavanem primeru je treba ugotoviti, da je izključitev tožeče stranke iz oddaje javnega naročila temeljila zgolj na tem, da je bila tožeča stranka del konzorcija, ki je napisal dokumente za prejšnji postopek javnega razpisa, ni pa bilo dokazano, da drugi ponudniki niso imeli pravočasno dostopa do teh istih dokumentov. Poleg tega priprava navedenih dokumentov ni pomenila sodelovanja tožeče stranke pri izdelavi razpisne dokumentacije za zadevni javni razpis. Torej ni bilo dokazano, da je imela tožeča stranka več informacij kot drugi ponudniki, kar bi pomenilo kršitev načel enake obravnave in transparentnosti.
- 87 Iz navedenega sledi, da zadevni dokumenti niso „privilegirane informacije“ v smislu točke 2.3.6 praktičnega priročnika. Izključitev tožeče stranke v nasprotju s tem, kar trdi Komisija, tako ni v skladu z navedeno točko praktičnega priročnika in torej ni upravičena na podlagi kršitve načela enakosti in transparentnosti.
- 88 Dalje, opredelitev dokumentov, napisanih v okviru drugega postopka javnega razpisa, za „pripravljala dela“ na podlagi tega, da jih je naročnik uporabil kot referenco za dejavnosti v zvezi s poznejšim postopkom javnega razpisa, bi, kot pravilno trdi tožeča stranka, pomenila, da se samodejno šteje, da izkušnje, pridobljene z udeležbo v prejšnjem postopku javnega razpisa, izkrivljajo konkurenco.
- 89 Na drugem mestu ni razvidno, da bi bil odločba iz dopisa z dne 10. avgusta 2012 sprejeta po konkretni presoji ponudbe tožeče stranke. Ta dopis se namreč brez dodatnih pojasnil omejuje na navedbo, da je bilo tveganje nasprotja interesov, ki se pripisuje tožeči stranki, v skladu s točko 2.3.6 praktičnega priročnika mogoče veljavno ugotoviti šele po tem, ko so bile kandidature ponudnikov preučene v vsakem primeru posebej.
- 90 Sklicevanje na preučitev „vsakega primera posebej“, kot je navedeno v dopisu z dne 10. avgusta 2012, dejansko povzema besedilo točke 2.3.6 praktičnega priročnika, ki temelji na sodni praksi, navedeni zgoraj v točki 74. Vendar je treba ugotoviti, da tako sklicevanje ni podprto z nobenim elementom, ki bi dokazoval, da je bila konkretna preučitev izvedena.
- 91 V zvezi s tem je treba poudariti, da je Komisija prvič v odgovoru na tožbo, in ne da bi bilo to navedeno v dopisu z dne 10. avgusta 2012, trdila, da je tožeča stranka zaradi domnevnega „privilegiranega dostopa“ do nekaterih dokumentov, ki so bili uporabljeni kot izhodišče za pomemben del dejavnosti, ki so predmet zadevnega javnega razpisa, imela konkurenčno prednost pri izbiri usposobljenih strokovnjakov za izvedbo navedenih dejavnosti.

- 92 Vendar na eni strani Komisija ne navaja nobenega dokaza, na podlagi katerega bi bilo mogoče preizkusiti, ali je iz formulacije ponudbe tožeče stranke razvidno, da je razpolagala z več informacijami kot drugi ponudniki, pri čemer, kot je bilo navedeno zgoraj v točki 86, ni sporno, da so bili zadevni dokumenti napisani v okviru drugega postopka javnega razpisa, da ne pomenijo priprave besedila razpisne dokumentacije zadevnega javnega razpisa in da so bili na razpolago vsem ponudnikom v okviru tega postopka javnega razpisa.
- 93 Na drugi strani je treba glede argumenta Komisije v zvezi z izbiro usposobljenih strokovnjakov ugotoviti, da ni bil predložen in v spisu vključen noben dokument, ki bi dokazoval, da med zadevnimi dokumenti in dejansko izbiro tožeče stranke obstaja povezava, niti *a fortiori*, da je navedena izbira vplivala na možnosti za uspeh ponudbe tožeče stranke.
- 94 Iz zgoraj navedenega je razvidno, da naročnik ni upravičeno ocenil, da je bilo po konkretni presoji ponudbe tožeče stranke v zvezi z njo mogoče ugotoviti tveganje nasprotja interesov. Ugotoviti je torej treba, da tveganje nasprotja interesov ni bilo objektivno dokazano in da je zavrnitev ponudbe konzorcija, katerega del je bila tožeča stranka, neupravičeno in v nasprotju s členom 94 finančne uredbe.
- 95 Zato je treba, ne da bi bilo treba obravnavati prvi tožbeni razlog niti prvi očitek drugega tožbenega razloga tožeče stranke, drugi tožbeni razlog sprejeti in odločbo iz dopisa z dne 10. avgusta 2012 v delu, v katerem določa, da javnega naročila ni mogoče oddati konzorciju, katerega del je bila tožeča stranka, razglasiti za nično. Predlog za razglasitev ničnosti domnevne zavrnitve pritožbe tožeče stranke z molkom pa je treba, kot je razvidno iz točke 59 zgoraj, zavreči kot nedopusten.

Stroški

- 96 V skladu s členom 134(1) Poslovnika se neuspeli stranki na predlog naloži plačilo stroškov. Ker Komisija s svojimi predlogi v bistvenem ni uspela, ji je treba v skladu s predlogi tožeče stranke naložiti njene stroške in stroške tožeče stranke, ki so ji nastali v okviru te tožbe in predloga za izdajo začasne odredbe, ki ga je vložila.

Iz teh razlogov je

SPLOŠNO SODIŠČE (drugi senat)

razsodilo:

- 1. Odločba o zavrnitvi ponudbe konzorcija, katerega del je bila družba Intrasoft International SA, iz dopisa z dne 10. avgusta 2012, ki ga je sestavila delegacija Evropske unije v Republiki Srbiji kot naročnica na podlagi nadaljnjega prenosa pooblastil Evropske komisije in ki se nanaša na postopek javnega razpisa EuropeAid/131367/C/SER/RS, naslovljenega „Tehnična pomoč srbski carinski upravi v okviru modernizacije carinskega sistema“, se razglasi za nično.**
- 2. V preostalem se tožba zavrne.**
- 3. Komisiji se naloži plačilo stroškov, vključno s stroški postopka za izdajo začasne odredbe.**

M. E. Martins Ribeiro

S. Gervasoni

L. Madise

Razglašeno na javni obravnavi v Luxembourg, 13. oktobra 2015.

Podpisi