

POSTANOWIENIE PREZESA SĄDU

z dnia 31 stycznia 2005 r.

Zamówienia publiczne na usługi – Wspólnotowa procedura przetargowa – Postępowanie w przedmiocie zastosowania środków tymczasowych – Fumus boni juris – Okoliczności niecierpiące zwłoki

W sprawie T-447/04 R

Capgemini Nederland BV z siedzibą w Utrecht (Niderlandy), reprezentowanej przez adwokatów M. Meulenbelt oraz H. Speyart,

strona skarżąca,

przeciwko

Komisji Wspólnot Europejskich reprezentowanej przez L. Parpalę, działającego w charakterze pełnomocnika, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona pozwana,

mającej za przedmiot wniosek o zawieszenie wykonania decyzji Komisji odrzucającej ofertę przedstawioną przez skarżącą w ramach procedury przetargowej JAI-C3-2003-01 dotyczącej utworzenia i instalacji systemu informacyjnego Schengen drugiej generacji (SIS II) i ewentualnego utworzenia i instalacji systemu informacyjnego dotyczącego wiz (VIS) w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych oraz o udzieleniu zamówienia innemu oferentowi, a także decyzji Komisji o zawarciu umowy dotyczącej systemów SIS II i VIS z innym oferentem,

PREZES SĄDU PIERWSZEJ INSTANCJI

WSPÓLNOT EUROPEJSKICH

wydaje niniejsze

Postanowienie

Okoliczności leżące u podstaw sporu

1 . Poprzez ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 25 czerwca 2003 r. (Dz.U. 2003, S 119) Komisja ogłosiła przetarg ograniczony o nr ref. JAI-C3-2003-01 na utworzenie i instalację systemu informacyjnego Schengen drugiej generacji (SIS II) oraz na ewentualne utworzenie i instalację systemu informacyjnego dotyczącego wiz (VIS) w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych.

2 . W końcowej fazie procedury przetargowej oferta zaprezentowana przez skarżącą nie została wybrana. Skarżącą powiadomiono o decyzji Komisji o odrzuceniu złożonej przez nią oferty i wyborze oferty osoby trzeciej w dniu 13 września 2004 r. („decyzja z dnia 13 września 2004 r.”). W decyzji tej Komisja zaznaczyła, że nie dojdzie do zawarcia przez nią umowy SIS II/VIS (zwanej dalej „sporną umową”) z oferentem, który złożył najbardziej korzystną ofertę przed upływem dwutygodniowego terminu.

3 . Faksem z dnia 16 września 2004 r. skierowanym do Komisji skarżąca zażądała, by instytucja ta powiadomiła ją zgodnie z art. 100 ust. 2 rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz.U. L 248, str. 1; zwanego dalej „rozporządzeniem finansowym”) o podstawach podjęcia decyzji z 13 września 2004 r. W piśmie tym skarżąca sprzeciwiła się również wyrażonemu przez Komisję zamiarowi udzielenia zamówienia w terminie dwóch tygodni powołując się w tym względzie na wyrok Trybunału z dnia 28 października 1999 r. w sprawie Alcatel Austria i in. (C-81/98, Rec. str. I-7671)..

4 . Pismem z dnia 30 września 2004 r. Komisja potwierdziła zamiar udzielenia zamówienia osobie trzeciej podając za podstawę sprawozdanie opracowane przez komitet ds. oceny w sierpniu 2004 r. (zwane dalej „sprawozdaniem z oceny”), które zostało załączone do tego pisma. Zgodnie z treścią tego sprawozdania z oceny dwóm oferentom, w tym skarżącej, udało się przejść skutecznie etapy oceny związane z oceną techniczną i być dopuszczonym do fazy oceny finansowej.

5 . Pismem z dnia 8 października 2004 r. skarżąca powiadomiła Komisję, że w świetle sprawozdania z oceny odrzucenie jej oferty było, w jej przekonaniu, sprzeczne z prawem wspólnotowym. W związku z powyższym zażądała ona od Komisji wstrzymania procedury udzielenia zamówienia w oczekiwaniu na wyniki analizy, którą skarżąca zobowiązała się jej przekazać w terminie tygodniowym.

6 . W dniu 15 października 2004 r. skarżąca powiadomiła Komisję o wynikach swojej analizy żądając jednocześnie udzielenia wyjaśnień co do sposobu obliczenia całkowitej wartości jej oferty. Skarżąca ponownie zażądała od Komisji by ta wstrzymała procedurę udzielenia zamówienia.

7 . W dniu 22 października 2004 r. Komisja zawarła sporną umowę z konsorcjum zarządzanym przez spółki Steria-France i HP-Belgium („decyzja z dnia 22 października 2004 r.”).

8 . W dniu 26 października 2004 r. Komisja opublikowała komunikat prasowy IP/04/1300, w którym poinformowała o podpisaniu spornej umowy z konsorcjum zarządzanym przez spółki Steria-France i HP-Belgium (zwanym dalej „Steria/HP”). W komunikacie tym poinformowano również, że całkowity budżet przeznaczony na realizację tej umowy wynosi 40 milionów euro.

9 . W dniu 5 listopada 2004 r. skarżąca zwróciła uwagę Komisji na fakt, że kwota 40 milionów euro wymieniona w komunikacie prasowym była wyższa niż całkowita kwota zaproponowana przez skarżącą w jej ofercie. Skarżąca zażądała również, by Komisja odpowiedziała na jej pismo z dnia 15 października 2004 r. i by nie zawierała ona spornej umowy ze Steria/HP.

10 . Pismem z dnia 11 listopada 2004 r. Komisja odparła zarzuty przedstawione w pismach skarżącej datowanych 8 i 15 października 2004 r.

Postępowanie

11 . Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 15 listopada 2004 r. skarżąca wniosła skargę o stwierdzenie nieważności decyzji z dnia 13 września 2004 r. oraz decyzji z dnia 22 października 2004 r.

12 . W oddzielnym piśmie skarżąca wniosła na podstawie art. 76 a) regulaminu Sądu o rozpoznanie złożonej przez nią skargi o stwierdzenie nieważności w trybie przyspieszonym.

13 . W oddzielnym piśmie złożonym w sekretariacie Sądu w tym samym dniu skarżąca złożyła będący przedmiotem niniejszego postępowania wnioski o zastosowanie środków tymczasowych domagając się:

- postanowienia przez Sąd o zawieszeniu wykonania decyzji z dnia 13 września 2004 r. oraz decyzji z dnia 22 października 2004 r. do czasu wydania przez Sąd rozstrzygnięcia w przedmiocie wniosku będącego przedmiotem niniejszego postępowania;
- postanowienia przez Sąd o zawieszeniu wykonania wymienionych wyżej decyzji do czasu rozpoznania przez Sąd sprawy w postępowaniu głównym;
- w razie, gdyby okazało się, że sporna umowa została już zawarta, postanowienia przez Sąd o zawieszeniu wykonania tej umowy do czasu rozpoznania przez Sąd sprawy w postępowaniu głównym;
- zarządzenia przez Sąd wszelkich innych środków tymczasowych, które Sąd uzna za słuszne;
- obciążenia Komisji kosztami postępowania.

14 . W odpowiedzi na zadane przez sędziego rozpoznającego wniosek o zastosowanie środków tymczasowych na piśmie w dniu 17 listopada 2004 r. pytanie Komisja poinformowała w dniu następnym o dacie, w której doszło do zawarcia spornej umowy. Komisja poinformowała także, że nie zamierza zawiesić wykonania tej umowy do czasu wydania postanowienia przez sędziego rozpoznającego wniosek o zastosowanie środków tymczasowych.

15 . Postanowieniem z dnia 18 listopada 2004 r. sędzia rozpoznający wniosek o zastosowanie środków tymczasowych zarządził na podstawie art. 105 § 2 akapit drugi regulaminu Sądu natychmiastowe zawieszenie wykonania spornej umowy do czasu wydania ostatecznego rozstrzygnięcia w niniejszym postępowaniu w przedmiocie zastosowania środków tymczasowych.

16 . W dniu 25 listopada 2004 r. Komisja przedstawiła pisemne uwagi dotyczące wniosku o zastosowanie środków tymczasowych.

17 . Sędzia rozpoznający wniosek o zastosowanie środków tymczasowych wysłuchał wyjaśnień stron na posiedzeniu w dniu 2 grudnia 2004 r.

18 . W dniu 8 grudnia 2004 r. Sąd przychylił się do wniosku skarżącej o rozpoznanie sprawy w trybie przyspieszonym.

Co do prawa

19 . Na podstawie art. 242 WE i art. 243 WE w zw. z art. 225 ust. 1 WE Sąd może, jeśli uzna, że okoliczności tego wymagają, zarządzić zawieszenie wykonania zaskarżonego aktu lub zarządzić niezbędne środki tymczasowe.

20 . Zgodnie z dyspozycją art. 104 § 2 regulaminu Sądu we wniosku o zastosowanie środków tymczasowych należy wskazać okoliczności niecierpiące zwłoki, a także podać zarzuty prawne i faktyczne, które prima facie uzasadniają zastosowanie żądanych środków tymczasowych (*fumus boni juris*). Wymienione wyżej warunki muszą być spełnione kumulatywnie i w związku z tym wniosek o zastosowanie środków tymczasowych podlega oddaleniu, jeśli choćby jeden z nich nie został spełniony [postanowienie Prezesa Trybunału z dnia 14 października 1996 r. w sprawie C-268/96 P(R) SCK i FNK przeciwko Komisji, Rec. str. I-4971, pkt 30].

Argumenty stron

W przedmiocie *fumus boni juris*

21 . Jeśli chodzi o decyzję z dnia 13 września 2004 r., skarżąca podnosi, że oferta przedstawiona przez Steria/HP nie była zgodna ani z warunkami finansowymi ani z warunkami technicznymi zawartymi w dokumentacji przetargowej.

22 . Po pierwsze, z kilku przyczyn nie zostały spełnione warunki finansowe.

23 . Przede wszystkim, sposób dokonywania oceny finansowej wybrany przez Komisję był „nietypowy” ze względu na to, że nie był oparty na ustalonej cenie projektu bądź na sumie cen oferowanych za każdy z piętnastu odrębnych elementów projektu, lecz miał za podstawę stosunki między cenami, tj. stosunek między ceną oferowaną przez danego oferenta a najniższą ceną oferowaną przez innych wybranych oferentów, które to stosunki obliczane były na poziomie każdego z piętnastu elementów. Następnie ustalono stosunek cen całkowitych poprzez obliczenie średniej stosunków cen obliczonych dla poszczególnych elementów projektu. Skarżąca podkreśla, że mimo, iż wybór systemu oceny finansowej należy bez wątpienia do Komisji, jednak zastosowanie opisanego wyżej systemu

doprowadziło do niesprawiedliwego rezultatu z uwagi na to, że Komisja nie dołożyła szczególnej staranności by sprawdzić, czy ceny zaproponowane przez poszczególnych kandydatów za każdy z elementów były wiarygodne i czy nie były nienormalnie niskie. Niewłaściwa analiza, w szczególności elementów najmniej istotnych, wywołuje nieproporcjonalne skutki wobec stosunków cen całkowitych.

24 . Skarżąca podkreśla, że przy takim systemie oceny procedura przetargowa wymusza na oferentach określenie ceny za każdy z piętnastu elementów projektu. W tym względzie skarżąca powołuje się na liczne postanowienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym między innymi na pkt 5.4 instrukcji administracyjnych. Ustalenie ceny za każdy element było tym bardziej konieczne, że ocena finansowa nie była oparta na całkowitej sumie cen zaoferowanych dla każdego z piętnastu elementów projektu, lecz opierała się na stosunkach cen obliczanych na poziomie każdego z elementów.

25 . W niniejszej sprawie ze sprawozdania z oceny jasno wynika, iż Steria/HP celowo zdecydowała się nie ustalać ceny lub ustalić cenę równą zero dla elementu 6 (symulatory), 7 (krajowe interfejsy) oraz 11 (funkcje fakultatywne VIS). Zamiast odrzucić ofertę Steria/HP jako niezgodną z dokumentacją przetargową Komisja przyjęła ją wpisując cenę 0,01 euro za każdy z wymienionych wyżej elementów, co poważnie wypaczyło stosunek cen całkowitych.

26 . Po drugie, ceny zaproponowane przez Steria/HP były nienormalnie niskie. Mając na uwadze sposób dokonywania oceny finansowej ofert zastosowany przez Komisję, zgodnie z którym każdy z piętnastu elementów miał istotny wpływ na stosunek cen całkowitych, wobec każdego z piętnastu elementów należało zastosować zasady dotyczące nienormalnie niskich cen. W niniejszej sprawie poza elementami nr 6, 7 i 11, dla których oferta złożona przez Steria/HP nie określała żadnej ceny, również oferta tego konsorcjum dotycząca elementu nr 1 (zarządzanie projektem) oraz nr 2 (szczegółowa koncepcja) powinna była wzbudzić podejrzenia Komisji co do potencjalnego ustalenia nienormalnie niskich cen. Mimo to, z pisma Komisji z dnia 11 listopada 2004 r. wynika, że instytucja ta nie zastosowała w tym przypadku zasad odnoszących się do nienormalnie niskich cen.

27 . Po trzecie Komisja nie zastosowała się do zasady wyboru oferty ekonomicznie najbardziej korzystnej zawartej w art. 138 ust. 3 rozporządzenia Komisji (WE, Euratom) nr 2342/2002 z dnia 23 grudnia 2002 r. ustanawiającego szczegółowe zasady wykonania rozporządzenia finansowego (Dz.U. L 357, str. 1), zwanego dalej „rozporządzeniem wykonawczym”). W istocie, z komunikatu prasowego Komisji z dnia 26 października 2004 r. wynikało, że całkowita kwota, na którą opiewała oferta złożona przez Steria/HP była zdecydowanie wyższa niż kwota, na którą opiewała oferta skarżącej. Co się zaś tyczy całkowitej kwoty, na którą opiewała oferta skarżącej, skarżąca podnosi, że Komisja wzięła pod uwagę nieprawidłową kwotę wymienioną w początkowo złożonej przez nią ofercie, wyższą niż kwota faktyczna, poprzez niezgodne z prawem nieuwzględnienie korekty wysłanej przez skarżącą w dniu 26 maja 2004 r.

28 . Poza tym, zdaniem skarżącej doszło do uchybienia warunkom technicznym przetargu. Przede wszystkim, oferta Steria/HP nie przewidywała utworzenia krajowych interfejsów, które byłyby zgodne ze specyfikacją techniczną zawartą w zaproszeniu do składania ofert, mimo, że specyfikacja techniczna przewidywała instalację krajowych interfejsów na poziomie krajowym. Dowody, którymi dysponuje skarżąca wskazują na to, że rozwiązanie zaproponowane przez Steria/HP nie obejmowało instalacji krajowych interfejsów na miejscu u użytkowników tj. Państw Członkowskich. Dowody te pozwalają również sądzić, że oferta Steria/HP nie przewidywała utworzenia i dostarczenia krajowych symulatorów koniecznych do oceny, czy krajowe interfejsy funkcjonują prawidłowo.

29 . Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem oferta, która nie spełnia istotnych wymogów technicznych zawartych w zaproszeniu do składania ofert podlega odrzuceniu. Zasada ta została potwierdzona *expressis verbis* w art. 1.3 specyfikacji technicznej, zgodnie z którym Komisja związana jest całością dokumentacji przetargowej. Gdyby Steria/HP zaproponowała alternatywne rozwiązanie techniczne („wariant”), Komisja zmuszona byłaby niezwłocznie odrzucić jej ofertę.

30 . Co się tyczy decyzji z dnia 22 października 2004 r., skarżąca twierdzi przede wszystkim, że należy stwierdzić jej nieważność z uwagi na to, iż doszło do naruszenia przez Komisję prawa do skutecznego środka odwoławczego (wyrok Trybunału z dnia 15 maja 1986 r. w sprawie 222/84 Johnston, Rec. str. 1651, pkt 18 oraz wyrok Trybunału z dnia 25 lipca 2002 r. w sprawie C-50/00 P Unión de Pequeños Agricultores przeciwko Radzie, Rec. str. I-6677, pkt 39). Jeśli chodzi o krajowe zamówienia publiczne, zasada ta rozwinięta została w dyrektywie Rady nr 89/665 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395, str. 33), a potwierdzona w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości (ww. wyrok w sprawie Alcatel Austria i in.).

31 . Zgodnie z tą zasadą zamawiający obowiązany jest odczekać, aż upłynie rozsądny termin od momentu udzielenia zamówienia do momentu zawarcia umowy, tak by odrzuceni oferenci mogli w powyższym terminie złożyć w odniesieniu do decyzji o udzieleniu zamówienia wnioski o zastosowanie środków tymczasowych. Mimo, że ani rozporządzenie finansowe ani rozporządzenie wykonawcze nie zawierają postanowień w zakresie skargi przed sądami wspólnotowymi, w niniejszej sprawie zastosowanie znajduje obowiązek analogiczny do tego, który wynika z dyrektywy 89/665 na podstawie ogólnej zasady prawa mówiącej, że każdy, którego prawa i wolności gwarantowane przez prawo Unii zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka odwoławczego.

32 . W niniejszej sprawie Komisja zdecydowała się zawrzeć sporną umowę bez wyznaczenia w swoim piśmie z dnia 30 września 2004 r. zawierającym pierwsze

uzasadnienie decyzji z dnia 13 września 2004 r. rozsądnego terminu na podjęcie przez pozostałych oferentów stosownych działań prawnych. Termin ten pozwoliłby skarżącej przygotować skuteczny środek odwoławczy od wymienionej wyżej decyzji w postaci wniosku o zastosowanie środków tymczasowych będącego następstwem skargi o stwierdzenie nieważności decyzji o odrzuceniu oferty. Wyznaczając termin dwutygodniowy Komisja de facto naruszyła prawo skarżącej do wniesienia skargi o stwierdzenie nieważności oraz wniosku o zastosowanie środków tymczasowych w dwumiesięcznym terminie przewidzianym w art. 230 WE, dopuszczając się tym samym naruszenia tego przepisu.

33 . Co więcej, wydając decyzję z dnia 22 października 2004 r. Komisja naruszyła art. 103 rozporządzenia finansowego, zgodnie z którym jeśli istnieje podejrzenie błędu lub nieprawidłowości, zamawiająca instytucja obowiązana jest wstrzymać procedurę. Ponadto, z art. 153 ust. 1 rozporządzenia wykonawczego wynika, że aby mógł mieć zastosowanie art. 103 akapit pierwszy rozporządzenia finansowego nie jest wcale konieczne dostarczenie niezbitych dowodów na zaistnienie problemu.

34 . Zdaniem Komisji warunek *fumus boni juris* nie został spełniony.

35 . Na wstępie Komisja przypomina, że dysponuje ona dużym zakresem swobodnego uznania w odniesieniu do oceny czynników, które należy uwzględnić przy podejmowaniu decyzji o udzieleniu zamówienia po przeprowadzeniu stosownej procedury. Poza tym, skarżąca wyraziła zgodę na zastosowany sposób oceny cen. Pkt 3.1 instrukcji administracyjnych dotyczących specyfikacji istotnych warunków zamówienia przewiduje bowiem *expressis verbis*, że „złożenie oferty oznacza nieodwołalną zgodę oferenta na uczestnictwo we wszelkich procedurach ocennych przewidzianych w niniejszym zaproszeniu do składania ofert”.

36 . Co do zarzucanej sprzeczności z warunkami finansowymi, Komisja wskazuje przede wszystkim na fakt, że skarżąca krytykując ofertę Steria/HP za to, iż konsorcjum to nie ustaliło ceny dla niektórych elementów, bądź też dla niektórych spośród nich ustaliło cenę równą zero, sama postąpiła w ten sam sposób w odniesieniu do licznych elementów, między innymi w odniesieniu do elementu 8 (dostawy dla użytkowników).

37 . Ponadto, zdaniem Komisji, mimo, że pkt 2.8 instrukcji administracyjnych dotyczących specyfikacji istotnych warunków zamówienia rzeczywiście zawiera obowiązek wskazania przez oferentów ceny za wszystkie elementy projektu, należało również dopuścić możliwość oznaczenia ceny równej zero. Komisja twierdzi dalej, że oznaczenie ceny równej zero za niektóre elementy może mieć bezpośredni związek z naturą umowy i być całkowicie uzasadnione.

38 . W tym względzie Komisja stwierdza, że to do oferentów należało zaproponowanie rozwiązań, które byłyby najbardziej odpowiednie ze względu na cele i strategiczne potrzeby przetargu. A zatem od oferentów oczekiwano zaproponowania odpowiednich rozwiązań technicznych. W tej sytuacji oznaczenie dla niektórych elementów projektu ceny równej zero nie stanowi manipulacji cenowej.

39 . Co do zarzutu dokonania przez Komisję zmiany ceny, Komisja stwierdza, że przyjęła cenę w wysokości 0,01 euro wyłącznie po to, by móc dokonać stosownych obliczeń matematycznych. Uzasadnienie takiego zabiegu znalazło się w sprawozdaniu z oceny. Komisja zastosowała go do wszystkich ocenianych elementów i w odniesieniu do każdego z oferentów.

40 . Po drugie, zdaniem Komisji nie doszło do naruszenia przez nią zasad dotyczących nienormalnie niskich cen. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu przewidywana wartość całkowita zamówień SIS II i VIS wynosiła między 28 a 38 milionami euro. W związku z tym, że wartość zawartej umowy wynosi ponad 37 milionów euro, oferta nie może być uznana za nienormalnie niską w rozumieniu art. 139 rozporządzenia wykonawczego.

41 . Po trzecie, odnosząc się do zarzucanego naruszenia zasady wyboru oferty ekonomicznie najbardziej korzystnej, Komisja podnosi, że skarżąca nie przedstawiła oferty, której całkowita wartość byłaby niższa od tej, która zaproponowana została w ofercie Steria/HP. Komisja, przyznając, że w dniu 26 maja 2004 r. skarżąca wysłała jej korektę cenową, twierdzi jednocześnie, że nie miała żadnego obowiązku wziąć jej pod uwagę. W istocie, zgodnie z treścią art. 148 ust. 3 rozporządzenia wykonawczego instytucja zamawiająca może skontaktować się z oferentem jeśli wymagają skorygowania istotne oczywiste błędy redakcyjne. W niniejszej sprawie doszło do popełnienia przez skarżącą błędu w mnożeniu i Komisja nie miała obowiązku się z nią kontaktować.

42 . Co się zaś tyczy zarzucanego braku poszanowania wymogów technicznych, Komisja zwraca uwagę, że jeśli chodzi o krajowe interfejsy, ważne jest dokonanie rozróżnienia między częścią komunikacyjną a oprogramowaniem logicznym. Tylko część komunikacyjna, której nie dotyczyło zaproszenie do składania ofert, wymaga zainstalowania na terenie Państw Członkowskich, podczas gdy część obejmująca oprogramowanie logiczne może być zainstalowana na szczeblu centralnym. Z definicji krajowego interfejsu zawartej w zaproszeniu do składania ofert nie wynika, czy wymaga on w całości instalacji na szczeblu centralnym, czy też na szczeblu krajowym, lecz wynika z niej jednoznacznie, że za interfejs krajowy odpowiedzialne są organy szczebla centralnego. Możliwość instalacji tej części krajowego interfejsu, którą stanowi oprogramowanie, na szczeblu centralnym potwierdzona została w analizie zleconej przez Komisję firmie Deloitte & Touche, która to analiza załączona została do zaproszenia do składania ofert jako jeden z dokumentów technicznych. Przedmiotem tej analizy były korzyści i niedogodności związane z instalacją tej części krajowego interfejsu, która obejmuje oprogramowanie, na szczeblu centralnym i na szczeblu

krajowym. Gdyby ustalono, że obowiązkowa jest instalacja wszystkich części składowych krajowego interfejsu w Państwach Członkowskich, załączanie wymienionej wyżej analizy jako jednego z dokumentów technicznych byłoby pozbawione sensu.

43 . Nadto, w odpowiedzi na zarzut skarżącej Komisja wskazuje, że oferta Steria/HP w rzeczywistości zawierała symulatory (element 6), które jednak zawarte były w elemencie 5 (szczebel centralny).

44 . Jeśli chodzi o argumenty wysuwane na poparcie twierdzenia o zarzucanej sprzeczności z prawem decyzji z dnia 22 października 2004 r. Komisja twierdzi, że w żaden sposób nie naruszyła ona prawa do skutecznego środka odwoławczego, jako że dyrektywa 89/665 oraz ww. wyrok w sprawie Alcatel Austria i in. nie znajdują w niniejszej sprawie zastosowania. Ponadto, decyzja z dnia 13 września 2004 r. oraz pismo z dnia 30 września 2004 r. skierowane do skarżącej w pełni respektują obowiązek powiadomienia o podstawach podjęcia decyzji, który spoczywa na Komisji na podstawie art. 100 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia finansowego. Informacja o podstawach podjęcia decyzji przedstawiona w piśmie z dnia 30 września 2004 r. z całą pewnością umożliwiała skarżącej wszczęcie stosownego postępowania.

45 . Co się zaś tyczy art. 103 rozporządzenia finansowego, na który powołuje się skarżąca, zdaniem Komisji nie znajduje on w niniejszej sprawie zastosowania.

W przedmiocie okoliczności niecierpiących zwłoki

46 . Skarżąca podnosi, że w razie niezastosowania zażądanych środków tymczasowych istnieje prawdopodobieństwo poniesienia przez nią dotkliwej i nieodwracalnej szkody.

47 . Zdaniem skarżącej szkoda byłaby dotkliwa z uwagi na to, że w sytuacji, w której jedynymi ofertami branymi pod uwagę w końcowym etapie procedury przetargowej były oferta skarżącej oraz oferta Steria/HP, odrzucenie oferty Steria/HP skutkowałoby udzieleniem zamówienia skarżącej.

48 . Ponadto, ze względu na to, iż projekt SIS II/VIS jest projektem o niezwyklej doniosłości, utrata możliwości powoływania się na tego rodzaju doświadczenie oraz utrata przez skarżącą możliwości wykazania przez nią zdolności do tworzenia systemów informatycznych na skalę międzynarodową stanowiłyby dla skarżącej dodatkową szkodę.

49 . W tym względzie skarżąca dodaje, że spółki zaangażowane w realizację projektu będą w bardzo korzystnej sytuacji w stosunku do ich konkurentów w razie ogłaszania przez Komisję dalszych przetargów związanych z systemami SIS II i VIS, dotyczących między innymi rozciągnięcia systemu na inne Państwa Członkowskie oraz w razie ogłaszania przetargów przez Państwa Członkowskie oraz władze lokalne obszaru Schengen dotyczących np. aktualizacji krajowych systemów informacyjnych. Całkowita wartość tych uzupełniających zamówień znacznie przekroczy wartość „systemu centralnego”, którego dotyczy ogłoszony przez Komisję przetarg.

50 . Poniesiona przez nią szkoda byłaby również nieodwracalna. Udzielenie zamówienia i, a fortiori, zawarcie i wykonywanie umowy, nawet gdyby ograniczyć je w czasie do okresu kończącego się wraz z zakończeniem postępowania w przedmiocie zastosowania środków tymczasowych, uniemożliwiłoby Komisji zmianę podjętych przez nią decyzji. By uniknąć sytuacji, w której skarżąca stanęłaby przed faktami dokonanymi, należy postanowić o natychmiastowym zawieszeniu wykonania tych decyzji. W braku jakichkolwiek środków tymczasowych wyrok Sądu w przedmiocie stwierdzenia nieważności pozbawiony będzie skuteczności. Zgodnie ze wspólnotową judykaturą, rozstrzygnięcie co do istoty sprawy wydane w czasie, gdy umowa została już wykonana nie jest w stanie odwrócić szkody poniesionej zarówno przez wspólnotowy porządek prawny, jak i przez oferentów, których oferty zostały odrzucone (postanowienie Prezesa Trybunału z dnia 22 kwietnia 1994 r. w sprawie C-87/94 R Komisja przeciwko Belgii, Rec. str. C-1395, pkt 31). Z powyższego wynika, że zasądzenie odszkodowania nie stanowi właściwego naprawienia szkody.

51 . W trakcie przesłuchania skarżąca twierdziła, że przedmiot niniejszego postępowania różni się od tych, które stanowiły przedmiot postępowań zakończonych wydaniem przez Prezesa Sądu postanowienia z dnia 27 lipca 2004 r. w sprawie T-148/04 R TQ3 Travel Solutions Belgium przeciwko Komisji (dotychczas nieopublikowanego w Zbiorze) oraz postanowienia z dnia 10 listopada 2004 r. w sprawie T-303/04 R European Dynamics przeciwko Komisji (dotychczas nieopublikowanego w Zbiorze) z uwagi na to, że w przeciwieństwie do zamówień, których dotyczyły wymienione wyżej sprawy, zamówienie, którego dotyczy niniejsze postępowanie jest bardzo wąskie, a to dlatego, że jest ono jedynym tego rodzaju zamówieniem w Europie, a może i na świecie. Dostęp do przedmiotowego rynku możliwy jest jedynie poprzez uzyskanie omawianego zamówienia w drodze spornego przetargu.

52 . Komisja podkreśla, że nawet gdyby przyjąć, iż Sąd stwierdzi nieważność decyzji z dnia 13 września 2004 r. i decyzji z dnia 22 października 2004 r., skarżąca nie ma żadnego prawa przypuszczać, że to właśnie jej udzielono by przedmiotowego zamówienia. Podnosi ona również, że gdyby Sąd uznał, iż przy dokonywaniu oceny finansowej doszło do popełnienia błędu, również ocena oferty skarżącej dotknięta byłaby tym samym błędem z tego względu, że dla niektórych elementów oznaczyła ona cenę równą zero.

53 . Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem utrata możliwości powoływania się w przyszłości na określone doświadczenie lub też utrata okazji do zademonstrowania swoich możliwości nie stanowi przyczyny powstania takiej szkody, która uzasadniałaby zastosowanie środków tymczasowych. W szczególności utrata możliwości powoływania się w przyszłości na określone doświadczenie nie przeszkadza skarżącej w skutecznym ubieganiu się o udzielenie zamówienia w kolejnych przetargach. Ponadto, szkoda, której powstanie uzależnione jest od zdarzeń przyszłych i niepewnych nie może uzasadniać zastosowania zażądanych środków tymczasowych z uwagi na jej hipotetyczny charakter.

54 . Co do rzekomej nieodwracalności szkody, Komisja podkreśla na wstępie, że powoływane wyżej postanowienie w sprawie Komisja przeciwko Belgii nie znajduje w niniejszej sprawie zastosowania z uwagi na to, że cele art. 226 WE oraz art. 230 czwarty akapit WE są zupełnie różne. Ujmując rzecz w sposób bardziej konkretny, jednym z powodów, dla których możliwym było zastosowanie środków tymczasowych w sprawie Komisja przeciwko Belgii, w której zapadło wymienione wyżej postanowienie był brak jakichkolwiek innych sposobów zabezpieczenia interesów oferentów.

55 . Ponadto, nie można uznać za nieodwracalną lub nawet dającą się naprawić z trudnością szkody, która następnie może zostać zrekompensowana poprzez zasądzenie odszkodowania na podstawie art. 288 WE.

56 . Wreszcie, Komisja twierdzi, że nie wykazano rozmiaru rzeczywistej szkody poniesionej wskutek odrzucenia oferty skarżącej, podobnie jak nie wykazano, że szkoda ta jest dotkliwa i nieodwracalna. Skarżąca nie wykazała także istnienia zagrożenia dla samego jej istnienia ani też, że jej pozycja na rynku może ulec nieodwracalnej zmianie.

57 . Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu fakt, że w chwili ogłoszenia wyroku w postępowaniu głównym umowa jest wykonywana nie stanowi skutecznego dowodu potwierdzającego istnienie okoliczności niecierpiących zwłoki (ww. postanowienie TQ3 Travel Solutions Belgium przeciwko Komisji, pkt 55). Rzeczywiście, gdyby okazało się, że odrzucenie oferty skarżącej było nieuzasadnione, szkoda mogłaby być naprawiona: można było by obliczyć koszt uczestnictwa skarżącej w przetargu i zwrócić jej tę kwotę, a także zasądzić odszkodowanie pieniężne, a skarżąca mogłaby ponownie wziąć udział w przetargu. W trakcie przesłuchania Komisja wskazała, że w przypadku stwierdzenia nieważności decyzji, instytucja, która ją wydała obowiązana jest na podstawie art. 233 WE podjąć stosowne środki, które zgodne będą z sentencją wyroku. Niemniej jednak ani właściwe przepisy, ani orzecznictwo Trybunału i Sądu nie przewidują zastosowania takich środków w sytuacji, w której doszło do zawarcia umowy i jest ona wykonywana. Niniejsza sprawa dotyczy umowy, która jest z punktu widzenia prawa belgijskiego umową ważną. Poza tym, stwierdzenie nieważności spornej umowy pociągnęłoby za sobą poważne opóźnienia w realizacji projektu SIS II/VIS, co stanowi przeszkodę w tworzeniu przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości (art. 2 UE).

W przedmiocie wyważenia interesów

58 . Po pierwsze, skarżąca podnosi, że naruszenie wspólnotowego prawa zamówień publicznych oraz szkoda, którą w następstwie tego naruszenia ponosi wspólnotowy porządek prawny i prawa pozostałych oferentów, same w sobie stanowią interes, któremu należy zapewnić ochronę przed sądami wspólnotowymi (ww.postanowienie w sprawie Komisja przeciwko Belgii).

59 . Po drugie, zdaniem skarżącej wskutek niewielkiego opóźnienia w realizacji projektu SIS II/VIS nie dojdzie do poniesienia przez Komisję i Państwa Członkowskie nieproporcjonalnej szkody. W istocie, nie ma konieczności zastępowania obecnego systemu informacyjnego Schengen nowym systemem przed końcem 2007 r., ani też nie jest potrzebna tymczasowa akceptacja systemu SIS II przed 31 marca 2007 r. Nic nie wskazuje na to, by niewielkie opóźnienie mogło wywołać bardzo dotkliwą szkodę, ani też, by szkody takiej nie dało się zmniejszyć do dających się zaakceptować rozmiarów poprzez nieznaczne przyspieszenie realizacji projektów. Przeciwnie, wykonanie spornej umowy stworzy, bądź przyczyni się do stworzenia faktów dokonanych, które stanowiąc będą przyczynę dotkliwej i nieodwracalnej szkody, zarówno dla skarżącej, jak i dla wspólnotowego porządku prawnego.

60 . Po trzecie, odrzucenie oferty Steria/HP oraz udzielenie zamówienia skarżącej mogłoby nastąpić bardzo szybko. Istnieją jeszcze inne środki, które można było by zastosować, by naprawić naruszenie prawa wspólnotowego, jak np. umożliwienie skarżącej przedstawienia swojej oferty na podstawie kryteriów, które w widoczny sposób zastosowano przy udzielaniu zamówienia Steria/HP, albo ogłoszenie nowego przetargu na wykonanie projektu.

61 . Po czwarte, nawet jeśli przyjąć, że na skutek zawieszenia wykonania decyzji z dnia 13 września 2004 r. oraz decyzji z dnia 22 października 2004 r. Komisja i Państwa Członkowskie poniosą szkodę, sama Komisja będzie odpowiedzialna za wystąpienie tej szkody. Skarżąca zawsze działała z niezwykłą starannością, co jest czynnikiem mającym znaczenie przy wyważaniu interesów (ww. postanowienie w sprawie Komisja przeciwko Belgii, pkt 34).

62 . Po piąte, w trakcie przesłuchania skarżąca zwróciła uwagę, że twierdzenia Komisji odnoszące się do terminarza realizacji projektu są mało przekonujące. Poza tym są one sprzeczne z dokumentem sporządzonym przez Radę z dnia 23 listopada 2001 r., który wymieniły między sobą delegacje Państw Członkowskich odpowiedzialnych za realizację systemu SIS, z którego to dokumentu wynikało, że możliwe jest dalsze korzystanie z obecnego systemu SIS nawet przy 30 Państwach Członkowskich.

63 . Po szóste, w trakcie przesłuchania skarżąca wskazywała również na fakt, że Rada powierzyła Komisji zadanie utworzenia systemu SIS II już w 2001 r. Ponadto, skarżąca twierdziła, że początek realizacji projektu SIS II/VIS przewidziany był początkowo na styczeń 2004 r. Zdaniem skarżącej, nie można zaakceptować faktu, że Komisja najpierw opóźnia się ze zorganizowaniem przetargu, a następnie twierdzi, że występują tak istotne okoliczności niecierpiące zwłoki, iż należy odmówić zastosowania środków tymczasowych.

64 . Komisja twierdzi, że w razie zastosowania środków tymczasowych szkodę poniesie Wspólnota, Komisja, Państwa Członkowskie, trzy państwa trzecie, a nawet zwycięski oferent, oraz że szkoda taka przewyższa szkodę, którą ewentualnie mogłaby ponieść skarżąca w razie nieuwzględnienia jej wniosku.

Ocena sędziego rozpoznającego wniosek o zastosowanie środków tymczasowych

W przedmiocie fumus boni juris

65 . Należy zauważyć, że we wniosku o zastosowanie środków tymczasowych skarżąca czyni rozróżnienie pomiędzy zarzutami zmierzającymi do stwierdzenia nieważności decyzji z 13 września 2004 r. (zob. pkt 21-29 powyżej) a zarzutami zmierzającymi do stwierdzenia nieważności decyzji z dnia 22 października 2004 r. (zob. pkt 30-33 powyżej).

66 . Zdaniem sędziego rozpoznającego wniosek o zastosowanie środków tymczasowych ewentualne stwierdzenie nieważności decyzji z dnia 13 września 2004 r. odrzucającej ofertę skarżącą i udzielającej zamówienia podmiotowi trzeciemu pozbawiłoby podstaw prawnych decyzję z dnia 22 października 2004 r. W konsekwencji decyzja byłaby sprzeczna z prawem i również w stosunku do niej należałoby stwierdzić nieważność.

67 . A zatem, wystarczy na początek zbadać, czy zarzuty, na podstawie których skarżąca wnosi o stwierdzenie nieważności decyzji z dnia 13 września 2004 r. przedstawione we wniosku o zastosowanie środków tymczasowych są *prima facie* zasadne.

68 . Na wstępie należy przede wszystkim zauważyć, że art. 89 ust. 1 rozporządzenia finansowego stanowi, iż wszystkie zamówienia publiczne finansowane w całości lub części z budżetu winny być zgodne z zasadami przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania i niedyskryminacji. Dalej, art. 97 ust. 1 rozporządzenia finansowego stanowi, że kryteria udzielenia zamówienia służące ocenie treści ofert określa się z wyprzedzeniem i umieszcza w zaproszeniu do składania ofert. Wreszcie, z utrwalonego orzecznictwa wynika, że zgodnie z zasadą równego traktowania oraz zasadą przejrzystości, kryteria udzielenia zamówienia powinny być ujęte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu w sposób pozwalający wszystkim przeciętnie poinformowanym i

wykazującym zwykłą staranność oferentom na ich jednakową interpretację (zob. podobnie w wyroku z dnia 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00 SIAC Construction, Rec. str. I-7725, pkt 42).

69 . Tytułem wstępu należy również zauważyć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem jeśli chodzi o czynniki, które należy wziąć pod uwagę przy podejmowaniu decyzji o udzieleniu zamówienia w wyniku przetargu Komisja dysponuje dużym zakresem swobodnego uznania, zaś kontrola sądu wspólnotowego ogranicza się do błędów istotnych i oczywistych (wyrok Trybunału z dnia 23 listopada 1978 r. w sprawie 56/77 Agence européenne d'intérimes przeciwko Komisji, Rec. str. 2215, pkt 20 oraz wyrok Sądu z dnia 8 maja 1996 r. w sprawie T-19/95 Adia interim przeciwko Komisji, Rec. str. II-321, pkt 49).

70 . Po przedstawieniu uwag wstępnych sędzia rozpoznający wnioski o zastosowanie środków tymczasowych stwierdza, że dwa z podniesionych przez skarżącą zarzutów są zarzutami poważnymi.

71 . Pierwszy z tych zarzutów dotyczy oczywistego błędu popełnionego przez Komisję w czasie dokonywania oceny finansowej oferty przedstawionej przez Steria/HP, który wynika z faktu, że Steria/HP nie oznaczyła ceny dla każdej z piętnastu części swojej oferty.

72 . Powstaje pytanie, czy skarżąca przedstawiła wystarczające dowody, dzięki którym nie da się *prima facie* wykluczyć, że stosując przewidziany w zaproszeniu do składania ofert system oceny finansowej w taki sposób, iż oferty finansowe nie odzwierciedlały ich faktycznej wartości względnej, Komisja dopuściła się oczywistego błędu w ocenie.

73 . W ramach niniejszego postępowania Komisja stwierdziła, że pkt 2.8 instrukcji administracyjnych dotyczących specyfikacji nakładał na oferentów obowiązek oznaczenia ceny za każdy z elementów oraz że dla spełnienia tego obowiązku wystarczyło oznaczenie ceny równej zero. Należy w tym miejscu przypomnieć, że oferta Steria/HP nie zawierała ceny, bądź też zawierała cenę równą zero za elementy 6 (symulatory), 7 (krajowe interfejsy) oraz 11 (funkcje fakultatywne VIS), lecz cena każdego z tych elementów zawarta była w wycenie wartości pozostałych technicznie nierozdzielalnych części. A zatem, cena za elementy 6, 7 i 11 była zawarta, odpowiednio, w cenie elementu 4 (system centralny), 3 (środowiska systemu) oraz 2 (szczegółowa koncepcja).

74 . Powstaje zatem pytanie, czy akceptacja przez Komisję jako zgodnego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia braku oznaczenia ceny, czy też oznaczenia ceny równej zero za jeden lub więcej elementów oferty w sytuacji, gdy rozwiązanie zaproponowane dla tego elementu/elementów oraz jego/ich cena zawarte zostały w jednym lub kilku innych elementach tej oferty, może *prima facie* stanowić oczywisty błąd w ocenie.

75 . Należy w tym miejscu zauważyć, że pkt 2.8 instrukcji administracyjnych dotyczących specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowił, iż dla celów oceny finansowej oferenci obowiązani byli oznaczyć ceny wszystkich elementów, co się zaś tyczy arkusza kalkulacyjnego, przepis ten stanowił, że wszystkie ceny powinny być wyrażone w euro, oznaczone w sposób wyraźny, a w stosownych przypadkach należało wskazać wszystkie elementy kalkulacji cen za wszystkie elementy i podelementy.

76 . Z ww. przepisu wynika, że należało wskazać cenę za każdy element, o którym była mowa w ofercie i że cena taka nie mogła zawierać się w cenie innego elementu.

77 . Powyższy wniosek jest tym bardziej uzasadniony, jeśli weźmiemy pod uwagę cel oceny finansowej, którą zastosowano w ramach spornej procedury przetargowej.

78 . Tak więc pkt 5.4 instrukcji administracyjnych dotyczących specyfikacji istotnych warunków zamówienia zatytułowany „ocena finansowa” przewidywał system oparty na 15 oddzielnych elementach. Z powyższego wynika, że finansowej oceny ofert dokonywano nie na podstawie globalnej sumy cen oferowanych za piętnaście odrębnych elementów, lecz na podstawie stosunków cen obliczanych na poziomie każdego z elementów. Metoda oceny zastosowana przez Komisję w stosunku do każdego z elementów oparta była na punktacji przyznawanej każdemu z oferentów na podstawie stosunku między ceną zaproponowaną przez tego oferenta a najniższą ceną zaproponowaną przez innych oferentów wybranych dla celów oceny finansowej. Jak podkreśla skarżąca, a Komisja temu nie zaprzecza, punktacja przyznana za każdy z elementów miała jednakową wartość niezależnie od zakresu i złożoności poszczególnych elementów.

79 . Dlatego też opowiedzenie się za stanowiskiem Komisji, zgodnie z którym dopuszczalne jest oznaczenie za element zawierający rozwiązanie techniczne ceny równej zero oznaczałoby, że dany oferent może sztucznie polepszyć swój stosunek ceny całkowitej, i w ten sposób uzyskać najlepszy stosunek ceny całkowitej, mimo, że całkowita wartość jego oferty nie jest wcale najniższa. Rzeczywiście, jak słusznie zauważyła skarżąca, system ten pozwalał danemu oferentowi na sztuczne polepszenie swojego stosunku ceny całkowitej na przykład poprzez odjęcie kwoty 500.000 euro od cen dwóch elementów, z których każda określona została na 1 milion euro i dodanie tych kwot do ceny elementu, którego wartość ustalono na 10 milionów euro. Dany oferent mógł również uzyskać szczególnie interesujący stosunek ceny całkowitej oferując sztuczną, niższą niż połowa ceny konkurentów cenę za pięć lub sześć pomniejszych elementów. A zatem można było uzyskać najlepszy stosunek ceny całkowitej nawet wówczas, gdy całkowita cena zawarta w ofercie danego oferenta była oczywiście wyższa od cen zaproponowanych przez pozostałych oferentów. Zdaniem sędziego rozpoznającego wniosek o zastosowanie środków tymczasowych Komisja nie wyjaśniła w jaki sposób reguły stosowania wybranego przez nią systemu oceny finansowej pozwalałyby uniknąć podobnego ryzyka.

80 . Na powyższą ocenę w żaden sposób nie wpływa twierdzenie Komisji jakoby zamiarem tej instytucji nie było pozbawienie oferentów możliwości swobodnego proponowania przez nich rozwiązań technicznych. Abstrahując od faktu, że argumentacja ta dotyczy oceny technicznej nie zaś oceny finansowej, Komisja nie twierdziła nawet, że zażądanie od oferentów oznaczenia przybliżonej ceny za każdy z elementów oferty pomimo zawarcia rozwiązań technicznych w innych elementach byłoby niemożliwe.

81 . A zatem, zaproponowana przez Komisję wykładnia instrukcji finansowych dotyczących specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie gwarantuje wcale wyboru najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, co jest sprzeczne ze znajdującą zastosowanie do przedmiotowego przetargu zasadą wyboru oferty najbardziej ekonomicznie korzystnej (pkt IV.2 ogłoszenia o zamówieniu).

82 . W tych okolicznościach należy prima facie stwierdzić, że poprzez akceptację braku wskazania ceny lub wskazania ceny równej zero za niektóre elementy oferty Steria/HP - mimo że nie można wykluczyć, iż należało odrzucić tę ofertę jako nieodpowiadającą warunkom przetargu - Komisja naruszyła warunki specyfikacji istotnych warunków zamówienia i dopuściła się oczywistego błędu w ocenie.

83 . Drugi zarzut, który sędzia rozpoznający wniosek o zastosowanie środków tymczasowych uznaje za poważny, dotyczy naruszenia jednego z technicznych warunków przetargu odnoszącego się do krajowych interfejsów (element 7). W istocie, skarżąca krytykuje rozwiązanie zaproponowane przez Steria/HP ze względu na to, że nie przewidywało ono instalacji krajowych interfejsów w siedzibie użytkowników, tj. Państw Członkowskich, mimo że wymóg takiej instalacji zawarty był w ogłoszeniu o zamówieniu.

84 . W tym względzie należy stwierdzić, że wymogi zawarte w dokumentacji przetargowej prima facie potwierdzają prawidłowość rozumowania, zgodnie z którym krajowe interfejsy powinny być zainstalowane w siedzibie użytkowników (pkt 2.2 modułu SIS II; pkt 2.1.2, 4.1 i 4.3 wymogów wspólnych; pkt 2.5.2 instrukcji administracyjnych). W szczególności z pkt 4.1 wymogów ogólnych wynika, że krajowe interfejsy „należy zainstalować w siedzibie użytkownika”. Pkt 2.5.2 instrukcji administracyjnych stanowi, że „miejsce świadczenia wymienionych w umowie usług przeznaczonych dla użytkowników (tj. krajowych interfejsów) [zostanie] oznaczone w chwili podpisania umowy”.

85 . Ponadto, zarówno w swoim wniosku, jak i w czasie przesłuchania skarżąca w sposób szczegółowy wyjaśniła powody, dla których instalacja krajowych interfejsów jest niezwykle istotna.

86 . Na tym etapie uwagi przedstawione przez Komisję w odpowiedzi na te argumenty nie wystarczą, by zniwelować niedokładności specyfikacji technicznych jeśli chodzi o miejsce instalacji krajowych interfejsów.

87 . W konsekwencji nie można wykluczyć, że wykładnia specyfikacji technicznej zastosowana przez skarżącą jest prawidłowa i że w związku z tym oferta Steria/HP nie odpowiada warunkom przetargu zawartym w specyfikacji technicznej będącej częścią dokumentacji przetargowej.

88 . Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że warunek dotyczący fumus boni juris został spełniony.

W przedmiocie okoliczności niecierpiących zwłoki

89 . Jak stwierdzono w postanowieniu Prezesa Trybunału z dnia 25 marca 1999 r. w sprawie C-65/99 P(R) Willeme przeciwko Komisji (Rec. str. I-1857), celem postępowania w przedmiocie zastosowania środków tymczasowych nie jest zagwarantowanie naprawienia szkody, lecz zapewnienie pełnej skuteczności wyroku co do istoty sprawy. Aby cel ten został osiągnięty muszą istnieć okoliczności niecierpiące zwłoki, które uzasadniają zastosowanie żądanych środków, w tym znaczeniu, że zastosowanie tych środków i wywarcie przez nie skutku przed ogłoszeniem wyroku w postępowaniu głównym pozwoli uniknąć dotkliwej i nieodwracalnej szkody (pkt 62). To na skarżącej ciąży obowiązek wykazania, że nie jest możliwe doczekanie przez nią rozstrzygnięcia sprawy w postępowaniu głównym bez poniesienia dotkliwej i nieodwracalnej szkody (zob. postanowienia Prezesa Sądu z dnia 20 lipca 2000 r. w sprawie T-169/00 R Esedra przeciwko Komisji, Rec. str. II-2951, pkt 43).

90 . W niniejszej sprawie skarżąca twierdzi, że szkoda poniesiona przez nią wskutek nieudzielenia jej przedmiotowego zamówienia jest nieodwracalna z tej przyczyny, że w braku jakichkolwiek środków tymczasowych stwierdzenie nieważności decyzji z dnia 13 września 2004 r. oraz decyzji z dnia 22 października 2004 r. pozbawione będzie wszelkiej skuteczności.

91 . Z powyższą argumentacją nie sposób się zgodzić.

92 . Przede wszystkim, sprzecznie z tym, co twierdzi skarżąca, nawet zakładając, że Sąd stwierdzi nieważność wymienionych wyżej decyzji, nie jest wcale pewne, czy to właśnie jej zamówienie zostanie udzielone. Należy w tym miejscu zauważyć, że skarżąca, podobnie jak zwycięski oferent, zaproponowała za element 8 cenę równą zero. Dlatego też, oferta

skarżącej zawiera lukę analogiczną do tej, która jest zawarta w ofercie zwycięskiego oferenta.

93 . Następnie, należy uznać, że sprzecznie z tym, co twierdzi skarżąca, nie ma podstaw do przyjęcia, że interesy skarżącej nie zostaną w dostateczny sposób zabezpieczone w razie stwierdzenia przez Sąd nieważności decyzji z dnia 13 września 2004 r. oraz decyzji z dnia 22 października 2004 r.

94 . Należy przede wszystkim zauważyć, że stwierdzenie jakoby naprawienie szkody było jedynym sposobem wykonania wyroku stwierdzającego nieważność aktu nie jest słuszne.

95 . Zgodnie z treścią art. 233 WE, obowiązek podjęcia środków, które zapewnią wykonanie wyroku Sądu spoczywa na instytucji, która przyjęła akt, którego nieważność orzeczono. Oznacza to z jednej strony, że sąd orzekający w przedmiocie stwierdzenia nieważności nie może wskazywać instytucji, która wydała akt, którego nieważność stwierdzono, sposobów wykonania orzeczenia (postanowienie Sądu z 26 października 1995 r. w sprawach połączonych C-199/94 P i C-200/94 P Pevasa i Inspecca przeciwko Komisji, Rec. str. I-3709, pkt 24) z drugiej zaś, że sędzia orzekający w przedmiocie zastosowania środków tymczasowych nie może przesądzać z góry o środkach, jakie ewentualnie można było by zastosować w następstwie wydania wyroku w przedmiocie stwierdzenia nieważności. Sposób wykonania wyroku w przedmiocie stwierdzenia nieważności aktu zależy nie tylko od rodzaju postanowienia, którego nieważność stwierdzono oraz zakresu mocy obowiązującej danego wyroku, którą należy oceniać w świetle jego uzasadnienia (wyrok Trybunału z dnia 26 kwietnia 1988 r. w sprawach połączonych 97/86, 193/86, 99/86 oraz 215/86 Asteris i inni przeciwko Komisji, Rec. str. 2181, pkt 27 oraz wyrok Sądu z dnia 20 kwietnia 1999 r. w sprawach połączonych od T-305/94 do T-307/94, od T-313/94 do T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 oraz T-335/94 Limburgse Vinyl Maatschappij i inni przeciwko Komisji, Rec. str. II-931, pkt 184), lecz również od okoliczności danej sprawy, takich jak termin, w jakim stwierdzenie nieważności staje się skuteczne oraz interesy osób trzecich, wobec których orzeczenie będzie skuteczne.

96 . Zakładając, że w niniejszej sprawie stwierdzona zostanie nieważność decyzji z dnia 13 września 2004 r. oraz decyzji z dnia 22 października 2004 r., to Komisja będzie zobowiązana do podjęcia niezbędnych kroków celem zagwarantowania stosownej ochrony interesów skarżącej przy uwzględnieniu okoliczności właściwych tej sprawie (zob. podobnie w powoływanym wyżej postanowieniu Prezesa Sądu z dnia 2 maja 1994 r. w sprawie T-108/94 R Candiotte przeciwko Radzie, Rec. str. II-249, pkt 27, a także w powoływanym wyżej postanowieniu w sprawie Esedra przeciwko Komisji, pkt 51 oraz w powoływanym wyżej postanowieniu w sprawie TQ3 Travel Solutions Belgium przeciwko Komisji, pkt 55).

97 . W tym względy należy podkreślić, że zarówno skarga w postępowaniu głównym, jak i wniosek o zastosowanie środków tymczasowych zostały przez skarżącą złożone po zawarciu spornej umowy i że w związku z tym nie jest tak, że sędzia rozpoznający wniosek o zastosowanie środków tymczasowych może zapobiec podpisaniu umowy. Skarżąca mogła przecież wnieść skargę o stwierdzenie nieważności decyzji z dnia 13 września 2004 r. wraz z wnioskiem o zastosowanie środków tymczasowych zanim upłynął trzytygodniowy termin pomiędzy dniem, w którym Komisja przedstawiła jej sprawozdanie z oceny, tj. 30 września 2004 r., a dniem podpisania umowy, tj. 22 października 2004 r. Należy wszakże zauważyć, że środek orzeczony tytułem zabezpieczenia przez sędziego rozpoznającego wniosek o zastosowanie środków tymczasowych (zob. pkt 15 powyżej) spowodował zawieszenie wykonania będącej przedmiotem sporu umowy oraz, że Sąd przychylił się do wniosku o rozpoznanie sprawy w trybie przyspieszonym (zob. pkt 18 powyżej) i że w związku z tym wyrok zostanie wydany w przeciągu krótkiego czasu (zob. podobnie w wyroku Sądu z dnia 27 września 2002 r. w sprawie T-211/02 Tideland Signal przeciwko Komisji, Rec. str. II-3781). W tych okolicznościach nie można w żaden sposób wykluczyć, że Komisja zostanie zobowiązana do rozwiązania będącej przedmiotem sporu umowy i zorganizowania nowej procedury udzielenia zamówienia publicznego, którego dotyczy niniejsze postępowanie, w której to procedurze skarżąca będzie mogła wziąć udział.

98 . Po drugie, należy stwierdzić, że gdyby nawet Komisja postanowiła wypłacić skarżącej odszkodowanie, taki sposób wykonania ewentualnego wyroku stwierdzającego nieważność zaskarżonych aktów mógłby być zgodnie z utrwalonym orzecznictwem uznany za stanowiący adekwatne naprawienie szkody. W związku z powyższym ewentualna szkoda poniesiona przez skarżącą nie może być uznana za nieodwracalną z uwagi na to, że możliwe jest jej naprawienie poprzez późniejszą zapłatę odszkodowania (zob. ww. postanowienie w sprawie Esedra przeciwko Komisji, pkt 44 oraz powoływane tam orzecznictwo, a także ww. postanowienie w sprawie TQ3 Travel Solutions Belgium przeciwko Komisji, pkt 45)

99 . W każdym razie stwierdzić należy, że nawet gdyby Komisja nie naprawiła szkody dobrowolnie, skarżąca mogłaby, w braku odmiennych wskazań, wystąpić do Sądu ze skargą odszkodowawczą z uwagi na to, że utrata zamówienia stanowi szkodę, którą z ekonomicznego punktu widzenia można naprawić w drodze postępowania wszczętego na podstawie art. 288 WE (ww. postanowienie w sprawie Esedra przeciwko Komisji, pkt 47, a także postanowienie Prezesa Sądu z dnia 27 lutego 2002 r. w sprawie T-132/01 R Euroalliances i in. przeciwko Komisji, Rec. str. II-777, pkt 51-53 oraz ww. postanowienie w sprawie TQ3 Travel Solutions Belgium przeciwko Komisji, pkt 45).

100 . Mając na uwadze powyższe rozważania należy stwierdzić, że okoliczności, które legły u podstaw niniejszego postępowania są całkowicie różne od tych, które wystąpiły w zakończonej ww. postanowieniem sprawie Komisja przeciwko Belgii, na które to postanowienie powołuje się skarżąca. W przeciwieństwie do ustaleń poczynionych w tamtej sprawie, w sprawie niniejszej nie można stwierdzić, że orzeczenie co do istoty sprawy, nawet

jeśli zostanie wydane w czasie wykonywania umowy, nie będzie mogło naprawić szkody poniesionej tak przez wspólnotowy porządek prawny, jak i przez skarżącą.

101 . W świetle powyższych wywodów należy stwierdzić, że zastosowanie żądanych środków tymczasowych byłoby uzasadnione jedynie w wyjątkowych okolicznościach, a mianowicie wówczas, gdyby wykazano, że w braku takich środków skarżąca znalazłaby się w sytuacji mogącej zagrozić jej istnieniu lub nieodwracalnie zmienić jej pozycję na rynku (zob. podobnie w powoływanym wyżej postanowieniu w sprawie Esedra przeciwko Komisji, pkt 45 oraz w powoływanym wyżej postanowieniu w sprawie TQ3 Travel Solutions Belgium przeciwko Komisji, pkt 46).

102 . W tym względzie należy stwierdzić, że o ile skarżąca utrzymuje, iż udzielenie jej przedmiotowego zamówienia byłoby dla niej korzystne, nie formułuje ona jednak twierdzenia, że decyzja z dnia 13 września 2004 r. oraz decyzja z dnia 22 października 2004 r. wywołują tego rodzaju skutki finansowe, które mogłyby zagrozić samemu jej istnieniu. Skarżąca w żaden sposób nie wysunęła takiego twierdzenia i nie przedstawiła żadnych dowodów dotyczących jej sytuacji finansowej, które mogłyby przekonać sędziego rozpoznającego wniosek o zastosowanie środków tymczasowych, że zagrożone jest jej istnienie.

103 . Jedynymi rzeczywistymi skutkami, które skarżąca wiąże z wykonaniem decyzji z dnia 13 września 2004 r. oraz decyzji z dnia 22 października 2004 r. są zatem: utrata możliwości powoływania się w przyszłości na określone doświadczenie oraz rzekoma trudność w późniejszym skutecznym ubieganiu się o uzyskanie zamówień związanych z projektami mającymi związek z przedmiotowym zamówieniem. O ile skutki te mogą zostać uznane za zmierzające do wykazania nieodwracalności rzekomej szkody, to jednak zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na ocenę ich faktycznego wpływu na sytuację skarżącej. W szczególności, nie wynika z niego, że możliwość powoływania się w przyszłości na przedmiotowe doświadczenie jest jej niezbędna, ani też, że w przyszłości nie będzie ona w stanie przeprowadzić innych projektów o podobnej doniosłości. Ponadto, skarżąca nie wykazała, by jej reputacja doznała dotkliwego i nieodwracalnego uszczerbku, ani tym bardziej, by uszczerbek taki mógł uniemożliwić jej wzięcie udziału w przetargach dotyczących systemów SIS II i VIS, które zostaną w przyszłości ogłoszone przez Komisję. W świetle powyższych rozważań należy w każdym razie dodać, że zgodnie z utrwalonym orzecnictwem, wzięcie udziału w przetargu publicznym, będącym postępowaniem, w którym z natury występuje ostra konkurencja, wiąże się z nieuniknionym ryzykiem dla wszystkich uczestników, zaś zgodne z zasadami przetargu niewybranie danego oferenta samo w sobie nie jest krzywdzące i nie może być co do zasady postrzegane jako powodujące uszczerbek na jego reputacji (zob. postanowienie Prezesa Trybunału z dnia 5 sierpnia 1983 r. w sprawie 118/83 R CMC przeciwko Komisji, Rec. str. 2583, pkt 51 oraz ww. postanowienie w sprawie Esedra przeciwko Komisji, pkt 48).

104 . W tej sytuacji należy uznać, że na podstawie dowodów przedstawionych przez skarżącą nie da się stwierdzić z dostateczną pewnością, że w braku zastosowania zażądanych środków tymczasowych poniesie ona dotkliwą i nieodwracalną szkodę.

105 . W związku z powyższym należy uznać, że warunek polegający na wykazaniu istnienia okoliczności niecierpiących zwłoki nie został spełniony i w związku z tym wniosek o zastosowanie środków tymczasowych podlega oddaleniu.

Z powyższych względów

PREZES SĄDU

Postanawia, co następuje:

1)

Wniosek o zastosowanie środków tymczasowych zostaje oddalony.

Rozstrzygnięcie o kosztach nastąpi w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie.

Wydano w Luksemburgu w dniu 31 stycznia 2005 r.

Prezes

B. Vesterdorf

Język postępowania: angielski.