

BESCHIKKING VAN DE PRESIDENT VAN HET GERECHT

31 januari 2005 *

In zaak T-447/04 R,

Capgemini Nederland BV, gevestigd te Utrecht (Nederland), vertegenwoordigd door M. Meulenbelt en H. Speyart, advocaten,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door L. Parpala als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

betreffende een verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van, in de eerste plaats, het besluit van de Commissie om de offerte van verzoekster in het kader van aanbestedingsprocedure JAI-C3-2003-01 voor de ontwikkeling en installatie van het Schengen-informatiesysteem van de tweede generatie (SIS II) en voor de mogelijke ontwikkeling en installatie van een visa-informatiesysteem (VIS) op het gebied van justitie en binnenlandse zaken af te wijzen en de opdracht aan een andere inschrijver te gunnen, en, in de tweede plaats, het besluit van de Commissie om met een andere inschrijver een overeenkomst met betrekking tot SIS II en VIS te sluiten,

* Procestaal: Engels.

geeft

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG

de navolgende

Beschikking

De feiten van het geding

- ¹ Bij aanbestedingsbericht, gepubliceerd in het Supplement bij het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 25 juni 2003 (PB 2003, S 119), heeft de Commissie volgens de niet-openbare procedure onder referentienummer JAI-C3-2003-01 een opdracht uitgeschreven voor de ontwikkeling en installatie van het Schengen-informatiesysteem van de tweede generatie (SIS II) en voor de mogelijke ontwikkeling en installatie van een visa-informatiesysteem (VIS) op het gebied van justitie en binnenlandse zaken.
- ² Aan het einde van de aanbestedingsprocedure is de offerte van verzoekster niet gekozen. Het besluit van de Commissie om verzoeksters offerte af te wijzen en voor die van een derde te kiezen, is haar op 13 september 2004 betekend (hierna: „besluit van 13 september 2004”). In dit besluit gaf de Commissie aan dat zij twee weken zou wachten alvorens de SIS II/VIS-overeenkomst (hierna tevens: „litigieuze overeenkomst”) te sluiten met de inschrijver die de beste offerte had ingediend.

- 3 Bij faxbericht van 16 september 2004 heeft verzoekster de Commissie verzocht om overeenkomstig artikel 100, lid 2, van verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 van de Raad van 25 juni 2002 houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen (PB L 248, blz. 1; hierna: „Financieel Reglement”) de redenen van het besluit van 13 september 2004 toe te lichten. Verzoekster heeft zich daarin ook verzet tegen het door de Commissie geuite voornemen om de opdracht binnen twee weken te gunnen en heeft zich daartoe beroepen op het arrest van het Hof van 28 oktober 1999, Alcatel Austria e.a. (C-81/98, Jurispr. blz. I-7671).
- 4 Bij brief van 30 september 2004 heeft de Commissie haar voornemen om de opdracht aan een derde te gunnen bevestigd op basis van een in augustus 2004 door het evaluatiecomité opgesteld rapport (hierna: „evaluatie-rapport”), dat als bijlage bij de brief was gevoegd. Twee inschrijvers, waaronder verzoekster, hebben volgens het evaluatie-rapport de technische evaluatiefases doorstaan en zijn toegelaten tot de financiële evaluatiefase.
- 5 Bij brief van 8 oktober 2004 heeft verzoekster de Commissie meegedeeld dat in het licht van het evaluatie-rapport de afwijzing van haar offerte haars inziens in strijd met het gemeenschapsrecht was. Zij heeft de Commissie derhalve verzocht de procedure niet voort te zetten en te wachten op het onderzoek dat zij beloofde haar binnen een week toe te zenden.
- 6 Op 15 oktober 2004 heeft verzoekster de resultaten van haar onderzoek aan de Commissie meegedeeld en gevraagd om toelichting van de berekeningsmethode voor de totale waarde van haar offerte. Zij heeft de Commissie opnieuw verzocht de gunningprocedure niet voort te zetten.
- 7 Op 22 oktober 2004 heeft de Commissie de litigieuze overeenkomst gesloten met een door de vennootschappen Steria-France en HP-Belgium geleide combinatie (hierna: „besluit van 22 oktober 2004”).

- 8 Op 26 oktober 2004 heeft de Commissie persbericht IP/04/1300 gepubliceerd, waarin werd aangekondigd dat de litigieuze overeenkomst was ondertekend met een door de vennootschappen Steria-France en HP-Belgium (hierna: „Steria-HP”) geleide combinatie voor een totaalbudget van 40 miljoen euro.
- 9 Op 5 november 2004 heeft verzoekster de Commissie erop gewezen dat het in het persbericht aangekondigde bedrag van 40 miljoen euro hoger was dan het totaalbedrag van haar offerte. Zij heeft de Commissie tevens verzocht haar brief van 15 oktober 2004 te beantwoorden en de litigieuze overeenkomst niet te sluiten met Steria/HP.
- 10 Bij brief van 11 november 2004 heeft de Commissie de bezwaren in de brieven van verzoekster van 8 en 15 oktober 2004 van de hand gewezen.

Procesverloop

- 11 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 15 november 2004, heeft verzoekster beroep ingesteld tot nietigverklaring van, in de eerste plaats, het besluit van 13 september 2004 en, in de tweede plaats, het besluit van 22 oktober 2004.
- 12 Bij afzonderlijke akte heeft verzoekster krachtens artikel 76 bis van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht verzocht om versnelde behandeling van haar beroep tot nietigverklaring.

- 13 Bij afzonderlijke akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op dezelfde dag, heeft verzoekster het onderhavige verzoek in kort geding ingediend, strekkende tot:
- opschorting van de tenuitvoerlegging van het besluit van 13 september 2004 en het besluit van 22 oktober 2004 totdat op het onderhavige verzoek is beslist;
 - opschorting van de tenuitvoerlegging van dezelfde besluiten totdat het Gerecht in de hoofdzaak arrest heeft gewezen;
 - indien blijkt dat de litigieuze overeenkomst reeds is gesloten, opschorting van de tenuitvoerlegging van deze overeenkomst totdat het Gerecht in de hoofdzaak arrest heeft gewezen;
 - het gelasten van iedere andere voorlopige maatregel die gepast wordt geacht;
 - verwijzing van de Commissie in de kosten.
- 14 In antwoord op een schriftelijke vraag van de kortgedingrechter van 17 november 2004 heeft de Commissie de volgende dag verduidelijkt op welke datum de litigieuze overeenkomst is gesloten. Zij gaf tevens aan, niet voornemens te zijn de nakoming ervan op te schorten totdat de kortgedingrechter zou hebben beslist.

- 15 Bij beschikking van 18 november 2004 heeft de kortgedingrechter op grond van artikel 105, lid 2, tweede alinea, van het Reglement voor de procesvoering de onmiddellijke opschorting van de tenuitvoerlegging van de litigieuze overeenkomst gelast tot aan de eindbeschikking in de onderhavige procedure in kort geding.
- 16 De Commissie heeft op 25 november 2004 haar schriftelijke opmerkingen over het verzoek in kort geding ingediend.
- 17 Partijen zijn in hun mondelinge toelichtingen gehoord op de hoorzitting die op 2 december 2004 voor de kortgedingrechter heeft plaatsgevonden.
- 18 Op 8 december 2004 heeft het Gerecht besloten het verzoek van verzoekster in te willigen om volgens een versnelde procedure uitspraak te doen.

In rechte

- 19 Krachtens de artikelen 242 EG en 243 EG, juncto artikel 225, lid 1, EG kan het Gerecht, indien het van oordeel is dat de omstandigheden dat vereisen, opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden handeling of de noodzakelijke voorlopige maatregelen gelasten.
- 20 Volgens artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moet een verzoek in kort geding een duidelijke omschrijving bevatten van de omstandigheden waaruit het spoedeisend karakter van het verzoek blijkt, alsmede van de middelen, feitelijke en rechtens, op grond waarvan de voorlopige maatregel waartoe wordt

geconcludeerd, aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomt (*fumus boni juris*). Deze voorwaarden zijn cumulatief, zodat het verzoek tot opschorting van tenuitvoerlegging moet worden afgewezen wanneer aan één ervan niet wordt voldaan [beschikking president Hof van 14 oktober 1996, SCK en FNK/Commissie, C-268/96 P(R), Jurispr. blz. I-4971, punt 30].

Argumenten van partijen

Fumus boni juris

- 21 Met betrekking tot het besluit van 13 september 2004 betoogt verzoekster dat de offerte van Steria/HP noch aan de financiële, noch aan de technische eisen in het aanbestedingsdossier beantwoordde.
- 22 In de eerste plaats waren om verscheidene redenen de financiële voorwaarden niet geëerbiedigd.
- 23 Ten eerste was de door de Commissie gekozen financiële evaluatiemethode „onbruikbaar”, voorzover zij niet berustte op een vaste prijs voor het project of op de som van de voor elk van de vijftien afzonderlijke onderdelen van het project geboden prijzen. Zij berustte op prijsverhoudingen, dat wil zeggen de verhouding tussen de door een inschrijver geboden prijs en de laagste van de door de andere geselecteerde inschrijvers geboden prijzen, berekend op het niveau van elk van de vijftien onderdelen. Vervolgens is een totale prijsverhouding bepaald door het gemiddelde van de prijsverhoudingen van de vijftien onderdelen te berekenen. Verzoekster benadrukt dat, al is de keuze voor een dergelijke methode voor de evaluatie van prijzen ontegenzeggelijk aan de Commissie, deze methode tot onbillijke resultaten heeft geleid, omdat de Commissie niet met bijzondere zorgvuldigheid heeft nagegaan of de door de gegadigden voor elk onderdeel opgegeven prijzen geloofwaardig, nauwkeurig en niet abnormaal laag waren. Een foutieve evaluatie, in het bijzonder van de minder essentiële onderdelen, heeft een onevenredige invloed op de totale prijsverhouding gehad.

- 24 Verzoekster wijst erop dat, gelet op deze evaluatiemethode, de inschrijvers een prijs moesten bepalen voor elk van de vijftien onderdelen van het project. Dienaangaande verwijst zij naar verscheidene bepalingen in het bestek, waaronder clause 5.4 van de administratieve instructies. De noodzaak om een prijs op te geven was des te groter, omdat de financiële evaluatie niet was gebaseerd op de totale som van de voor de vijftien onderdelen van het project geboden prijzen, maar op de prijsverhoudingen die op het niveau van elk onderdeel werden berekend.
- 25 In het onderhavige geval blijkt duidelijk uit het evaluatierapport dat Steria/HP opzettelijk ervoor heeft gekozen, geen prijzen of een prijs van nihil op te geven voor de onderdelen 6 (simulators), 7 (nationale interfaces) en 11 (facultatieve functionaliteiten voor VIS). In plaats van de offerte van Steria/HP af te wijzen omdat zij niet aan de voorwaarden beantwoordde, heeft de Commissie haar aanvaard en voor elk van deze onderdelen een prijs van 0,01 euro aangehouden, hetgeen de totale prijsverhouding ernstig heeft vertekend.
- 26 Ten tweede waren de door Steria/HP geboden prijzen abnormaal laag. Gelet op de door de Commissie gekozen financiële evaluatiemethode, op grond waarvan elk van de vijftien onderdelen een aanzienlijke invloed heeft gehad op de totale prijsverhouding, hadden de regels inzake abnormaal lage offertes op elk van de vijftien onderdelen moeten worden toegepast. Naast de onderdelen 6, 7 en 11 van de offerte van Steria/HP, waarvoor geen enkele prijs was opgegeven, had in het onderhavige geval de offerte van deze combinatie met betrekking tot de onderdelen 1 (projectbeheer) en 2 (gedetailleerd ontwerp) aanleiding moeten geven tot vragen bij de Commissie over de mogelijkheid van abnormaal lage prijzen. Uit de brief van de Commissie van 11 november 2004 blijkt evenwel dat zij de regels inzake abnormaal lage offertes in het onderhavige geval niet heeft toegepast.
- 27 Ten derde heeft de Commissie het in artikel 138, lid 3, van verordening (EG, Euratom) nr. 2342/2002 van de Commissie van 23 december 2002 tot vaststelling van uitvoeringsvoorschriften van het Financieel Reglement (PB L 357, blz. 1; hierna: „uitvoeringsverordening”) neergelegde beginsel, dat de economisch voordeligste

offerte wordt gekozen, niet geëerbiedigd. Uit het persbericht van de Commissie van 26 oktober 2004 blijkt immers dat het totaalbedrag van de offerte van Steria/HP duidelijk hoger lag dan dat van de offerte van verzoekster. Wat het totaalbedrag van haar offerte betreft, stelt verzoekster dat de Commissie een onjuist bedrag, dat hoger was dan het werkelijke bedrag, in verzoeksters oorspronkelijke offerte in aanmerking heeft genomen, omdat de Commissie ten onrechte een corrigendum heeft genegeerd dat haar op 26 mei 2004 was toegezonden.

- 28 In de tweede plaats was niet voldaan aan de technische voorwaarden van de aanbesteding. Allereerst ontbrak in de offerte van Steria/HP de ontwikkeling van aan de technische specificaties in de aanbesteding beantwoordende nationale interfaces, hoewel in de technische specificaties de installatie van nationale interfaces op nationaal niveau was voorzien. De bewijsmiddelen waarover verzoekster beschikt, tonen immers aan dat in de door Steria/HP voorgestelde oplossing geen nationale interfaces op de locatie van de gebruikers, dat wil zeggen de lidstaten, zouden worden geïnstalleerd. Op grond van deze bewijsmiddelen kan ook worden aangenomen dat de offerte van Steria/HP niet voorzag in de ontwikkeling en levering van nationale simulators, die evenwel nodig zijn om na te gaan of de nationale interfaces goed werken.
- 29 Volgens vaste rechtspraak moet een offerte die niet voldoet aan de in het aanbestedingsdossier genoemde essentiële technische vereisten, worden afgewezen. Deze regel is uitdrukkelijk bevestigd in artikel 1.3 van de technische specificaties, op grond waarvan de gehele tekst van de documenten in het aanbestedingsdossier bindend was voor de Commissie. Als Steria/HP een alternatieve technische oplossing (een „variant”) had geboden, had de Commissie haar offerte onmiddellijk moeten afwijzen.
- 30 Met betrekking tot het besluit van 22 oktober 2004 betoogt verzoekster allereerst dat het moet worden nietig verklaard, omdat de Commissie het beginsel van het recht op een effectieve rechtsbescherming (arresten Hof van 15 mei 1986, Johnston, 222/84, Jurispr. blz. 1651, punt 18, en 25 juli 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Raad, C-50/00 P, Jurispr. blz. I-6677, punt 39) heeft geschonden. Dit beginsel

is op het gebied van nationale openbare aanbestedingen ontwikkeld in richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB L 395, blz. 33), en bevestigd door het Hof (arrest Alcatel Austria e.a., reeds aangehaald).

- 31 Krachtens dit beginsel moet de aanbestedende dienst een redelijke termijn laten verstrijken tussen de gunning van de opdracht en het sluiten van de overeenkomst, zodat afgewezen inschrijvers gedurende die termijn een verzoek om voorlopige maatregelen tegen het gunningsbesluit kunnen indienen. Hoewel het Financieel Reglement noch de uitvoeringsverordening bepalingen bevat met betrekking tot beroep bij de gemeenschapsrechter, geldt op grond van het algemene beginsel van het recht op een effectieve rechtsbescherming in het onderhavige geval een soortgelijke verplichting als die welke uit richtlijn 89/665 voortvloeit.
- 32 In casu heeft de Commissie besloten tot sluiting van de litigieuze overeenkomst zonder in haar brief van 30 september 2004, die de eerste motivering van het besluit van 13 september 2004 bevatte, een redelijke termijn te stellen. Deze termijn zou verzoekster in staat hebben gesteld een effectief beroep tegen dit besluit voor te bereiden, in de vorm van een verzoek in kort geding volgend op een beroep tot nietigverklaring van het afwijzingsbesluit. Door een termijn van twee weken te stellen heeft de Commissie de facto inbreuk gemaakt op het recht van verzoekster om binnen de bij artikel 230 EG gestelde termijn van twee maanden een beroep tot nietigverklaring in te stellen en een verzoek in kort geding in te dienen, en daarmee deze bepaling geschonden.
- 33 Bovendien heeft de Commissie, door het besluit van 22 oktober 2004 vast te stellen, artikel 103 van het Financieel Reglement geschonden, op grond waarvan een aanbestedende instelling verplicht is de procedure op te schorten indien er mogelijk sprake is van een fout of een onregelmatigheid. Voorts volgt uit artikel 153, lid 1, van de uitvoeringsverordening dat het bestaan van een probleem niet onweerlegbaar behoeft te zijn aangetoond voordat artikel 103, eerste alinea, van het Financieel Reglement van toepassing is.

- 34 Volgens de Commissie is de voorwaarde van de *fumus boni juris* niet vervuld.
- 35 Om te beginnen herinnert zij eraan dat zij over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt bij de beoordeling van de in aanmerking te nemen omstandigheden bij het nemen van een besluit tot gunning van een opdracht aan het einde van een aanbestedingsprocedure. Bovendien heeft verzoekster de evaluatiemethode voor de prijzen aanvaard, aangezien clause 3.1 van de administratieve instructies in het bestek uitdrukkelijk bepaalt dat „met de indiening van een offerte de inschrijvers onherroepelijk instemmen met deelname aan alle evaluatieprocedures waarin de onderhavige aanbesteding voorziet”.
- 36 Over de gestelde niet-naleving van de financiële voorwaarden betoogt de Commissie in de eerste plaats, dat verzoekster kritiek uit op de offerte van Steria/HP omdat daarin de prijs voor bepaalde onderdelen niet of op nihil is vastgesteld, terwijl zij zelf bij verschillende onderdelen, waaronder onderdeel 8 (leveringen aan gebruikers), hetzelfde heeft gedaan.
- 37 Bovendien, al vroeg clause 2.8 van de administratieve instructies in het bestek de inschrijvers inderdaad om voor alle onderdelen een prijs op te geven, was een prijs van nul volgens de Commissie ook een prijs die moest worden aanvaard. Het bieden van een prijs van nul voor bepaalde onderdelen kon immers rechtstreeks verband houden met de aard van de overeenkomst en volledig gerechtvaardigd zijn.
- 38 De Commissie verklaart dienaangaande dat het aan de inschrijvers was om de oplossingen voor te stellen die huns inziens het meest geschikt waren om te voldoen aan de doelstellingen en de strategische behoeften van de aanbesteding. Van de inschrijvers werd dan ook verwacht dat zij passende technische oplossingen zouden aandragen. Het bieden van een prijs van nul voor bepaalde onderdelen vormde dus geen prijsmanipulatie.

- 39 Wat de wijziging van de prijs door de Commissie betreft, geeft deze laatste aan, de prijs van 0,01 euro enkel te hebben gekozen om een wiskundige berekening te kunnen uitvoeren. Deze rechtvaardiging is tevens in het evaluatierapport vermeld, en de Commissie heeft hetzelfde gedaan voor alle betrokken onderdelen en voor alle inschrijvers.
- 40 In de tweede plaats is de Commissie van mening dat zij niet in strijd met de regels inzake abnormaal lage offertes heeft gehandeld. De totale waarde van de opdracht voor SIS II en VIS was volgens het aanbestedingsbericht immers geraamd op een bedrag tussen 28 en 38 miljoen euro. Aangezien de waarde van de ondertekende overeenkomst hoger is dan 37 miljoen euro, kan de offerte niet worden geacht abnormaal laag te zijn geweest in de zin van artikel 139 van de uitvoeringsverordening.
- 41 Met betrekking tot, in de derde plaats, de gestelde schending van het beginsel dat de economisch voordeligste offerte wordt gekozen, betoogt de Commissie dat verzoekster geen offerte heeft ingediend waarvan de totale waarde lager was dan die van Steria/HP, en dat verzoekster haar weliswaar op 26 mei 2004 een corrigendum heeft gezonden, maar dat zij niet verplicht was om daarmee rekening te houden. Volgens artikel 148, lid 3, van de uitvoeringsverordening kan de aanbestedende dienst immers contact opnemen met de inschrijver indien duidelijke materiële fouten moeten worden verbeterd. In casu gaat het om een vermenigvuldigingsfout van verzoekster, die de Commissie geenszins verplichtte om contact met haar op te nemen.
- 42 Wat de gestelde niet-naleving van de technische criteria betreft, betoogt de Commissie dat ten aanzien van de nationale interfaces onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds een communicatiegedeelte en anderzijds een gedeelte logische software. Alleen het communicatiegedeelte, dat geen deel uitmaakte van de aanbesteding, moet worden geïnstalleerd in de lokalen van de lidstaten, terwijl het gedeelte logische software op centraal niveau kan worden geïnstalleerd. De in de aanbesteding gegeven definitie van nationale interface specificeert niet of hij met al zijn bestanddelen op centraal niveau of op nationaal niveau moet worden geïnstalleerd, maar geeft duidelijk aan dat de nationale interface onder de

verantwoordelijkheid van het centrale domein blijft vallen. Dat het mogelijk is om het softwaregedeelte van een nationale interface op centraal niveau te installeren, wordt bevestigd door de studie die de Commissie heeft laten uitvoeren door het kantoor Deloitte & Touche en die bij de aanbesteding was gevoegd als onderdeel van de technische documenten. In deze studie worden de voor- en nadelen van de installatie van het softwaregedeelte van de nationale interface op centraal niveau en op nationaal niveau beoordeeld. Indien de installatie van de bestanddelen van de nationale interface in de lidstaten verplicht was geacht, was het onzinnig geweest om de studie bij de technische documenten te voegen.

- 43 Overigens verduidelijkt de Commissie in antwoord op een stelling van verzoekster dat de offerte van Steria/HP wel degelijk simulators bevatte (onderdeel 6), maar dat dit onderdeel in onderdeel 5 (centraal domein) was opgenomen.
- 44 Wat de argumenten betreft die ter onderbouwing van de gestelde onwettigheid van het besluit van 22 oktober 2004 zijn aangevoerd, betoogt de Commissie dat zij het beginsel van het recht op een effectieve rechtsbescherming niet heeft geschonden en dat richtlijn 89/665 en het arrest Alcatel Austria e.a. in casu niet relevant zijn. Bovendien is de motiveringsplicht die krachtens artikel 100, lid 2, eerste zin, van het Financieel Reglement op de Commissie rust, in het besluit van 13 september 2004 en de brief van 30 september 2004 aan verzoekster volledig geëerbiedigd. De in de brief van 30 september 2004 vervatte motivering heeft verzoekster immers duidelijk in staat gesteld in rechte op te treden.
- 45 Artikel 103 van het Financieel Reglement, waarop verzoekster zich beroept, is in de onderhavige zaak niet van toepassing.

Spoedeisendheid

- 46 Verzoekster betoogt dat zij zonder de gevorderde voorlopige maatregelen ernstige en onherstelbare schade dreigt te lijden.

- 47 De schade die zij zal lijden, zal ernstig zijn, omdat de enige offertes die in de laatste fase van de aanbestedingsprocedure in aanmerking zijn genomen, die van haar en van Steria/HP waren, zodat de afwijzing van de offerte van Steria/HP tot gevolg zou hebben gehad dat de opdracht aan haar zou zijn gegund.
- 48 Aangezien het SIS II/VIS-project buitengewoon grootschalig is, komt daar nog bij het verlies van deze referentie en het verlies van de kans om te laten zien dat zij informatiesystemen op internationale schaal kan ontwikkelen.
- 49 In dat opzicht voegt verzoekster toe dat de bij de verwezenlijking van het project betrokken vennootschappen zich bij toekomstige aanbestedingen die de Commissie met betrekking tot de SIS II- en VIS-systemen, onder meer voor de uitbreiding van het systeem naar andere lidstaten, en de lidstaten en de plaatselijke overheden in de Schengen-ruimte, bijvoorbeeld voor de bijwerking van hun nationale informatiesystemen, organiseren, in een zeer gunstige positie zullen bevinden ten opzichte van hun concurrenten. De totale waarde van deze vervolgoopdrachten zal aanzienlijk hoger zijn dan de waarde van het „centrale systeem” dat in dit geval door de Commissie is aanbesteed.
- 50 De geleden schade zal ook onherstelbaar zijn. In het onderhavige geval zullen de gunning van de opdracht en, a fortiori, de uitvoering van de overeenkomst, ook gedurende de procedure in kort geding, verhinderen dat de Commissie op de genomen besluiten terugkomt. Om te voorkomen dat verzoekster voor een voldongen feit wordt geplaatst, is het dus van het grootste belang dat de tenuitvoerlegging van deze besluiten onmiddellijk wordt opgeschort. Indien geen voorlopige maatregelen worden toegestaan, zal een nietigverklaringsarrest van het Gerecht geen enkel nuttig effect hebben. Zoals de gemeenschapsrechter heeft verklaard, zal een beslissing in de hoofdzaak na de uitvoering van de overeenkomst de door zowel de communautaire rechtsorde als de afgewezen inschrijvers geleden schade niet ongedaan kunnen maken (beschikking president Hof van 22 april 1994, Commissie/België, C-87/94 R, Jurispr. blz. I-1395, punt 31). De toekenning van schadevergoeding is derhalve geen gepaste herstelmaatregel.

- 51 Tijdens de hoorzitting heeft verzoekster gesteld dat de onderhavige zaak zich onderscheidt van de zaken die aanleiding hebben gegeven tot de beschikkingen van de president van het Gerecht van 27 juli 2004, TQ3 Travel Solutions Belgium/Commissie (T-148/04 R, Jurispr. blz. II-3027), en 10 november 2004, European Dynamics/Commissie (T-303/04 R, Jurispr. blz. II-3889), doordat anders dan de markten waar het in die zaken om ging, de markt in deze zaak zeer beperkt is, omdat deze opdracht uniek is in Europa en misschien de hele wereld. Toegang tot de betrokken markt kan enkel worden verkregen door in het kader van de litigieuze aanbestedingsprocedure de opdracht in de wacht te slepen.
- 52 De Commissie benadrukt dat verzoekster niet een recht heeft op gunning van de opdracht, zelfs indien het besluit van 13 september 2004 en het besluit van 22 oktober 2004 nietig worden verklaard. Zij merkt bovendien op dat, al zou het Gerecht vaststellen dat bij de financiële evaluatie een fout is begaan, dezelfde fout ook invloed heeft gehad op de offerte van verzoekster, aangezien zij voor bepaalde onderdelen een prijs van nul heeft opgegeven.
- 53 Het verlies van een toekomstige referentie of een gelegenheid om vaardigheden te tonen is volgens vaste rechtspraak nooit de oorzaak van schade die de vaststelling van voorlopige maatregelen rechtvaardigt. In het bijzonder belet het verlies van een toekomstige referentie verzoekster niet om met goed gevolg deel te nemen aan latere aanbestedingen. Bovendien kan de verlening van de gevorderde voorlopige maatregelen niet worden gerechtvaardigd door schade die afhangt van onzekere toekomstige gebeurtenissen, omdat zij hypothetisch is.
- 54 Ten aanzien van de onherstelbaarheid van de schade benadrukt de Commissie om te beginnen dat de beschikking Commissie/België in de onderhavige zaak niet relevant is, aangezien artikel 226 EG en artikel 230, vierde alinea, EG uiteenlopende doelstellingen nastreven. Meer in het bijzonder was één van de redenen waarom in de zaak die heeft geleid tot de beschikking Commissie/België de verlening van een voorlopige maatregel denkbaar was, dat er geen enkele andere maatregel ter bescherming van de belangen van de inschrijvers ter beschikking stond.

- 55 Bovendien kan schade niet als onherstelbaar of ook maar moeilijk herstelbaar worden beschouwd, indien zij later kan worden vergoed door de toekenning van een schadevergoeding krachtens artikel 288 EG.
- 56 Tot slot is de omvang en het bestaan van de schade die de afwijzing van de offerte van verzoekster veroorzaakt, niet aangetoond, net als de ernst en de onherstelbaarheid ervan. Verzoekster heeft evenmin bewezen dat haar voortbestaan in gevaar dreigt te komen of dat haar marktpositie op onomkeerbare wijze zal worden aangetast.
- 57 Volgens vaste rechtspraak van het Gerecht is het feit dat de litigieuze overeenkomst wordt uitgevoerd op het moment dat in de hoofdzaak arrest wordt gewezen, geen geldig argument om de spoedeisendheid te bewijzen (beschikking TQ3 Travel Solutions Belgium/Commissie, reeds aangehaald, punt 55). Indien de afwijzing van de offerte van verzoekster onterecht blijkt, kan dat worden hersteld: de kosten van haar deelname aan de aanbesteding kunnen worden gecijferd en vergoed, een financiële compensatie is denkbaar en het staat verzoekster volledig vrij om deel te nemen aan nieuwe aanbestedingen. Tijdens de hoorzitting heeft de Commissie dienaangaande uiteengezet dat het in geval van nietigverklaring van een besluit ingevolge artikel 233 EG aan de betrokken instelling is om onder eerbiediging van het dictum van het arrest de nodige gevolgtrekkingen te maken. Noch de toepasselijke regels noch de rechtspraak van het Hof en het Gerecht bepalen echter welke gevolgtrekkingen moeten worden gemaakt, wanneer een overeenkomst is ondertekend en wordt uitgevoerd. In casu betreft het een overeenkomst die geldig is onder het Belgische burgerlijke recht. Bovendien zal annulering van de litigieuze overeenkomst aanzienlijke vertragingen in de verwezenlijking van het SIS II/VIS-project meebrengen, hetgeen de totstandbrenging en handhaving van één enkele ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid (artikel 2 EU) zal schaden.

Belangenafweging

- 58 Verzoekster betoogt in de eerste plaats dat de schending van het communautaire aanbestedingsrecht en de door deze schending aan de communautaire rechtsorde en

de rechten van de overige inschrijvers veroorzaakte schade op zich een belang is dat bescherming door de gemeenschapsrechter verdient (beschikking Commissie/België, reeds aangehaald).

59 In de tweede plaats zal een kleine vertraging in de uitvoering van het SIS II/VIS-project de belangen van de Commissie en de lidstaten niet onevenredig schaden. Het is immers niet noodzakelijk dat het huidige Schengen-informatiesysteem voor het einde van het jaar 2007 wordt vervangen door het toekomstige systeem of dat de voorlopige oplevering van het SIS II-systeem vóór 31 maart 2007 plaatsvindt. Niets wijst erop dat een kleine vertraging zeer aanzienlijke schade zal veroorzaken, of dat deze schade niet tot een aanvaardbaar niveau zal kunnen worden beperkt door het tempo van de uitvoering enigszins op te voeren. Omgekeerd zal de uitvoering van de litigieuze overeenkomst een voldongen feit creëren of daaraan bijdragen, dat ernstige en onherstelbare schade aan zowel verzoekster als de communautaire rechtsorde zal veroorzaken.

60 In de derde plaats kan afwijzing van de offerte van Steria/HP en gunning van de opdracht aan verzoekster op zeer korte termijn plaatsvinden. Ook kunnen andere maatregelen worden getroffen om de schendingen van het gemeenschapsrecht ongedaan te maken, zoals het geven van toestemming aan verzoekster om een offerte in te dienen op basis van de criteria die blijkbaar zijn toegepast om de opdracht aan Steria/HP te gunnen, of het uitschrijven van een nieuwe aanbesteding voor het project.

61 In de vierde plaats, gesteld dat de opschorting van de tenuitvoerlegging van het besluit van 13 september 2004 en het besluit van 22 oktober 2004 schade toebrengt aan de Commissie en de lidstaten, staat de Commissie zelf aan de oorsprong van deze schade. Verzoekster heeft steeds zeer zorgvuldig gehandeld, hetgeen relevant is voor de belangenafweging (beschikking Commissie/België, reeds aangehaald, punt 34).

- 62 In de vijfde plaats heeft verzoekster tijdens de hoorzitting betoogd dat de beweringen van de Commissie met betrekking tot het tijdschema voor de verwezenlijking van het project weinig overtuigend zijn. Zij worden bovendien tegengesproken door een stuk van de Raad van 23 november 2001, dat is uitgewisseld tussen de delegaties van de lidstaten die verantwoordelijk zijn voor de uitvoering van het SIS-systeem, en waaruit blijkt dat het mogelijk zou zijn om met het huidige SIS-systeem door te gaan, zelfs met dertig lidstaten.
- 63 In de zesde plaats heeft verzoekster tijdens de hoorzitting ook gewezen op het feit dat de Raad de Commissie reeds in 2001 de taak heeft toevertrouwd om het SIS II-systeem te ontwikkelen. Verzoekster heeft voorts gesteld dat het begin van de ontwikkeling van het SIS II/VIS-project oorspronkelijk was voorzien voor januari 2004. Het kan niet worden aanvaard dat de Commissie te laat een aanbestedings-procedure kan organiseren en tegelijkertijd beweren dat de urgentie zo groot is, dat voorlopige maatregelen zijn uitgesloten.
- 64 De Commissie betoogt dat het toestaan van voorlopige maatregelen schade zal toebrengen aan de Gemeenschap, de Commissie, de lidstaten, drie derde landen alsook de contractant, en dat deze schade groter is dan die verzoekster mogelijk lijdt ingeval haar verzoek wordt afgewezen.

Beoordeling door de kortgedingrechter

Fumus boni juris

- 65 In haar verzoek in kort geding maakt verzoekster onderscheid tussen enerzijds de middelen die strekken tot nietigverklaring van het besluit van 13 september 2004 (zie boven, punten 21-29), en anderzijds de middelen die strekken tot nietigverklaring van het besluit van 22 oktober 2004 (zie boven, punten 30-33).

- 66 Op dit punt is de kortgedingrechter van oordeel dat nietigverklaring van het besluit van 13 september 2004, waarbij de offerte van verzoekster is afgewezen en die van een derde is aanvaard, de rechtsgrondslag zou ontnemen aan het besluit van 22 oktober 2004. Dit laatste besluit zou bijgevolg onwettig zijn en eveneens moeten worden nietig verklaard.
- 67 In eerste instantie volstaat het dan ook om te beoordelen of de middelen tot nietigverklaring van het besluit van 13 september 2004, zoals zij in het verzoekschrift in kort geding zijn uiteengezet, op het eerste gezicht gegrond voorkomen.
- 68 Vooraf moet allereerst worden opgemerkt dat artikel 89, lid 1, van het Financieel Reglement bepaalt dat bij alle geheel of gedeeltelijk door de communautaire begroting gefinancierde overheidsopdrachten het transparantiebeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het beginsel van gelijke behandeling en het beginsel van non-discriminatie in acht moeten worden genomen. Vervolgens bepaalt artikel 97, lid 1, van het Financieel Reglement dat de selectiecriteria op grond waarvan de inhoud van de offertes wordt beoordeeld, vooraf in de inschrijvingsdocumenten worden gedefinieerd en gepreciseerd. Tot slot moeten volgens vaste rechtspraak op grond van het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel de gunningscriteria in het bestek of in de aankondiging van de opdracht zodanig zijn geformuleerd, dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren (zie naar analogie arrest Hof van 18 oktober 2001, SIAC Construction, C-19/00, Jurispr. blz. I-7725, punt 42).
- 69 Nog steeds vooraf moet ook worden opgemerkt dat de Commissie volgens vaste rechtspraak beschikt over een ruime beoordelingsvrijheid ten aanzien van de in aanmerking te nemen factoren voor het nemen van een besluit tot gunning van een opdracht, en dat de toetsing van de gemeenschapsrechter zich dient te beperken tot de afwezigheid van een ernstige en klaarblijkelijke fout (arrest Hof van 23 november 1978, Agence européenne d'intérims/Commissie, 56/77, Jurispr. blz. 2215, punt 20, en arrest Gerecht van 8 mei 1996, Adia interim/Commissie, T-19/95, Jurispr. blz. II-321, punt 49).

- 70 Na deze voorafgaande opmerkingen is de kortgedingrechter van oordeel dat twee van de door verzoekster aangevoerde middelen ernstig van aard zijn.
- 71 Het eerste middel klaagt over een kennelijke fout bij de beoordeling van de financiële evaluatie van de offerte van Steria/HP, die het gevolg zou zijn van het feit dat zij niet voor elk van de vijftien onderdelen van haar offerte een prijs heeft opgegeven.
- 72 In casu rijst de vraag of verzoekster gegevens heeft verstrekt die de conclusie rechtvaardigen, dat op het eerste gezicht niet kan worden uitgesloten dat de Commissie bij haar beoordeling een kennelijke fout heeft begaan door het in het aanbestedingsbericht voorziene financiële evaluatiesysteem zo toe te passen, dat de financiële offertes niet de werkelijke waarde ten opzichte van elkaar weergaven.
- 73 De Commissie heeft gesteld dat clause 2.8 van de administratieve instructies in het bestek de inschrijvers verplichtte om voor elk van de onderdelen een prijs op te geven, en dat aan deze verplichting werd voldaan door een prijs van nul op te geven. Dienaangaande moet eraan worden herinnerd dat in de offerte van Steria/HP geen prijs of een prijs van nihil was opgegeven voor de onderdelen 6 (simulators), 7 (nationale interfaces) en 11 (facultatieve functionaliteiten voor VIS), maar dat de bij elk onderdeel behorende prijs was inbegrepen in de evaluatie van het bedrag van andere onderdelen waarmee zij in technisch opzicht onafscheidelijk verbonden waren. De prijzen voor de onderdelen 6, 7 en 11 waren dus inbegrepen in de prijzen van respectievelijk de onderdelen 4 (centraal systeem), 3 (systeemomgevingen) en 2 (gedetailleerd ontwerp).
- 74 De vraag rijst dus of de Commissie op het eerste gezicht een kennelijke beoordelingsfout heeft begaan door het ontbreken van een prijs of de opgave van een prijs van nihil voor één of meer onderdelen van de offerte, waarbij de voorgestelde oplossing voor dit of deze onderdelen en de bijbehorende prijzen waren ondergebracht in één of meer andere onderdelen van deze offerte, te aanvaarden als conform het bestek.

- 75 Clausule 2.8 van de administratieve instructies in het bestek bepaalde dat de inschrijvers met het oog op de financiële evaluatie de prijs van alle onderdelen moesten opgeven en dat, wat de financiële staat betrof, alle prijzen moesten worden uitgedrukt in euro's, duidelijk moesten worden aangegeven en in voorkomend geval alle gegevens voor de berekening van de prijs voor alle onderdelen en subonderdelen moesten bevatten.
- 76 Uit deze bepaling blijkt dat voor elk in de offerte voorgesteld onderdeel de prijs moest worden opgegeven en dat deze niet mocht worden inbegrepen in een ander onderdeel.
- 77 Deze conclusie vindt steun in de doelstelling zelf van het financiële evaluatiesysteem waarvoor in het kader van de litigieuze aanbestedingsprocedure is gekozen.
- 78 Zo was in clausule 5.4 van de administratieve instructies in het bestek, met de koptekst „financiële evaluatie”, gekozen voor een op vijftien afzonderlijke onderdelen gebaseerd systeem. Daaruit volgt dat de offertes voor de financiële evaluatie niet werden beoordeeld op grond van de som van de voor de vijftien afzonderlijke onderdelen geboden prijzen, maar aan de hand van de prijsverhoudingen per onderdeel. Voor elk onderdeel was de evaluatiemethode van de Commissie immers gebaseerd op een aantal punten dat aan iedere schrijver werd toegekend op grond van de verhouding tussen enerzijds de door de inschrijver geboden prijs en anderzijds de laagste prijs die was geboden door de andere voor de financiële evaluatie gekozen inschrijvers. Zoals verzoekster benadrukt, zonder door de Commissie te zijn weersproken, werd aan het puntenaantal van elk onderdeel dus hetzelfde gewicht toegekend, ongeacht de omvang en de complexiteit van de verschillende onderdelen.
- 79 Indien dus de stelling van de Commissie werd gevolgd en aanvaard dat een prijs van nul kon worden opgegeven voor een onderdeel dat daadwerkelijk overeenkwam met een technische oplossing, zou dat erop neerkomen te aanvaarden dat een inschrijver zijn totale prijsverhouding op kunstmatige wijze kon verbeteren en daarmee de beste totale prijsverhouding kon verkrijgen, evenwel zonder dat de totale waarde van zijn

offerte de laagste was. Zoals verzoekster terecht opmerkt, stelde dit systeem een inschrijver immers in staat zijn totale prijsverhouding op kunstmatige wijze te verbeteren, bijvoorbeeld door 500 000 euro af te trekken van twee onderdelen die elk 1 miljoen euro waard zijn en deze bedragen op te tellen bij een onderdeel dat 10 miljoen euro waard is. Een inschrijver kon ook een bijzonder interessante totale prijsverhouding verkrijgen door voor vijf of zes kleinere onderdelen een kunstmatige prijs van minder dan de helft van de prijs van zijn concurrent te bieden. Zo kon dus de beste totale prijsverhouding worden verkregen, terwijl de totale waarde van de offerte toch duidelijk hoger was dan die van alle andere offertes. De kortgeding-rechter stelt vast dat de Commissie niet heeft uitgelegd, hoe de regels voor de toepassing van het in dit geval door haar gekozen financiële evaluatiesysteem het mogelijk maakten een dergelijk risico te vermijden.

- 80 Het argument van de Commissie, dat zij de inschrijvers niet de mogelijkheid wilde ontnemen om zonder beperkingen technische oplossingen voor te stellen, verandert niets aan deze beoordeling. Afgezien van het feit dat dit argument betrekking heeft op de technische en niet op de financiële evaluatie, wordt niet eens gesteld dat het onmogelijk zou zijn geweest om de inschrijvers te vragen een geschatte prijs op te geven voor elk onderdeel van de offerte, ook al was de technische oplossing in een ander onderdeel ondergebracht.
- 81 De door de Commissie voorgestelde uitlegging van de financiële instructies in het bestek biedt, in strijd met het beginsel dat de economisch voordeligste offerte wordt gekozen, dat in de onderhavige zaak van toepassing is (punt IV.2 van het aanbestedingsbericht), dus geen enkele waarborg dat de economisch voordeligste offerte is gekozen.
- 82 Onder deze omstandigheden heeft de Commissie op het eerste gezicht in strijd met het bestek gehandeld en een kennelijke beoordelingsfout gemaakt, door het ontbreken van een prijs of de opgave van een prijs van nihil voor bepaalde onderdelen van de offerte van Steria/HP te hebben aanvaard, terwijl niet kan worden uitgesloten dat zij de offerte had moeten afwijzen omdat deze niet voldeed aan de voorwaarden van de aanbesteding.

- 83 Het tweede middel dat de kortgedingrechter ernstig acht, heeft betrekking op de niet-naleving van de technische voorwaarde van de offerte met betrekking tot de nationale interfaces (onderdeel 7). Verzoekster uit immers kritiek op de door Steria/HP voorgestelde oplossing, omdat daarin niet was voorzien in de installatie van nationale interfaces op de locaties van de gebruikers, dat wil zeggen de lidstaten, terwijl dat als een vereiste in het aanbestedingsbericht stond.
- 84 Dienaangaande moet worden vastgesteld dat de specificaties van de aanbesteding op het eerste gezicht de opvatting steunen dat de nationale interfaces moeten worden geïnstalleerd op de locatie van de gebruikers (punt 2.2 van de module SIS II; punten 2.1.2, 4.1 en 4.3 van de gemeenschappelijke specificaties; punt 2.5.2 van de administratieve instructies). In het bijzonder volgt uit punt 4.1 van de gemeenschappelijke specificaties dat de nationale interfaces „moeten worden geïnstalleerd in de eigen lokalen van de gebruiker”. Punt 2.5.2 van de administratieve instructies bepaalt dat „de plaatsen van levering van de in de overeenkomst voorziene, voor de gebruikers bestemde producten (dat wil zeggen de nationale interfaces) bij de ondertekening van de overeenkomst [zullen worden] vastgesteld”.
- 85 Bovendien heeft verzoekster zowel in haar verzoek als tijdens de hoorzitting nader uitgelegd waarom de installatie van de nationale interfaces op het nationale niveau cruciaal is.
- 86 In dit stadium kunnen de door de Commissie op deze stellingen gegeven antwoorden de onduidelijkheden in de technische specificaties wat de plaats van installatie van de nationale interfaces betreft, niet uit de weg ruimen.
- 87 Derhalve kan niet worden uitgesloten dat de door verzoekster verdedigde uitlegging van de technische specificaties juist is en dat de offerte van Steria/HP daarom in strijd was met de technische specificaties van de aanbesteding.

- 88 Gelet op het voorgaande moet worden geconcludeerd dat is voldaan aan de voorwaarde van de fumus boni juris.

Spoeisendheid

- 89 Zoals is geoordeeld in de beschikking van de president van het Hof van 25 maart 1999, Willeme/Commissie [C-65/99 P(R), Jurispr. blz. I-1857], heeft de kort-gedingprocedure niet tot doel herstel van schade te waarborgen, maar de volle werking van het arrest in de hoofdzaak. Om dit laatstgenoemde doel te bereiken, dienen de gevorderde maatregelen spoedeisend te zijn in die zin, dat zij noodzakelijk zijn om ernstige en onherstelbare schade voor de belangen van de verzoeker te voorkomen en derhalve al vóór de uitspraak in de hoofdzaak effect moeten sorteren (punt 62). Het is aan de partij die om de voorlopige maatregelen verzoekt, aan te tonen dat zij niet op de uitspraak in de hoofdzaak kan wachten zonder ernstige en onherstelbare schade te lijden (beschikking president Gerecht van 20 juli 2000, Esedra/Commissie, T-169/00 R, Jurispr. blz. II-2951, punt 43).
- 90 In het onderhavige geval betoogt verzoekster dat de schade die zij lijdt doordat de betrokken opdracht niet aan haar is gegund, onherstelbaar is omdat nietigverklaring van het besluit van 13 september 2004 en het besluit van 22 oktober 2004 zonder voorlopige maatregelen geen enkele nuttig effect zal hebben.
- 91 Dit betoog kan niet worden aanvaard.

- 92 In de eerste plaats, gesteld dat het Gerecht voormelde besluiten nietig verklaart, staat het, anders dan verzoekster stelt, geenszins vast dat de opdracht aan haar zal worden gegund. Net als de onderneming waaraan de opdracht is gegund, heeft verzoekster een prijs van nihil voorgesteld voor een onderdeel van het project, namelijk voor onderdeel 8. Op het eerste gezicht vertoonde de offerte van verzoekster dan ook een soortgelijk gebrek als de offerte van de onderneming waaraan de opdracht is gegund.
- 93 Voorts kan niet worden geconcludeerd, zoals verzoekster stelt, dat haar belangen niet afdoende zouden zijn beschermd in geval van nietigverklaring door het Gerecht van het besluit van 13 september 2004 en het besluit van 22 oktober 2004.
- 94 Ten eerste is het onjuist om te stellen dat een schadevergoeding de enige manier is om uitvoering te geven aan een nietigverklaringsarrest.
- 95 Volgens artikel 233 EG is de instelling wier handeling nietig is verklaard, gehouden de maatregelen te nemen die nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Gerecht. Hieruit volgt enerzijds dat de rechter die de handeling nietig verklaart, niet bevoegd is om de instelling wier handeling nietig is verklaard aanwijzingen te verstrekken over de wijze waarop aan zijn arrest uitvoering moet worden gegeven (beschikking Hof van 26 oktober 1995, *Pevasa en Inpesca/Commissie*, C-199/94 P en C-200/94 P, *Jurispr. blz. I-3709*, punt 24) en, anderzijds, dat de rechter in kort geding niet mag vooruitlopen op de maatregelen die na een eventueel nietigverklaringsarrest kunnen worden getroffen. De wijze waarop een nietigverklaringsarrest wordt uitgevoerd, hangt niet alleen af van de nietig verklaarde bepaling en de draagwijdte van dit arrest, die dient te worden beoordeeld aan de hand van de rechtsoverwegingen ervan (arrest Hof van 26 april 1988, *Asteris e.a./Commissie*, 97/86, 193/86, 99/86 en 215/86, *Jurispr. blz. 2181*, punt 27, en arrest Gerecht van 20 april 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie*, T-305/94–T-307/94, T-313/94–T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, *Jurispr. blz. II-931*, punt 184), maar ook van de specifieke omstandigheden van het geval, zoals de tijd die is verstreken vóór de nietigverklaring van de bestreden handeling, of de belangen van de betrokken derden.

- 96 In geval van nietigverklaring van het besluit van 13 september 2004 en het besluit van 22 oktober 2004 is het derhalve aan de Commissie om, rekening houdend met de specifieke omstandigheden van deze zaak, de noodzakelijke maatregelen te treffen teneinde verzoeksters belangen op afdoende wijze te beschermen (zie in die zin beschikking president Gerecht van 2 mei 1994, Candiotte/Raad, T-108/94 R, Jurispr. blz. II-249, punt 27; beschikkingen Esedra/Commissie, reeds aangehaald, punt 51, en TQ3 Travel Solutions Belgium/Commissie, reeds aangehaald, punt 55).
- 97 In deze context moet worden benadrukt dat verzoekster ná het sluiten van de litigieuze overeenkomst haar beroep in de hoofdzaak heeft ingesteld en haar verzoek in kort geding heeft ingediend, en dat het verzoek in kort geding het de kortgedingrechter derhalve niet mogelijk heeft gemaakt de ondertekening van deze overeenkomst te voorkomen, terwijl verzoekster tegen het besluit van 13 september 2004 beroep tot nietigverklaring, vergezeld van een verzoek in kort geding, had kunnen instellen in de periode van drie weken tussen de datum waarop de Commissie haar het evaluatierapport heeft toegezonden (30 september 2004), en de datum van ondertekening van de overeenkomst (22 oktober 2004). Anderzijds heeft de door de kortgedingrechter gelaste bewarende maatregel (zie punt 15 hierboven) niettemin de opschorting van de uitvoering van de litigieuze overeenkomst bewerkstelligd en heeft het Gerecht ermee ingestemd het beroep in de hoofdzaak volgens de versnelde procedure te behandelen (zie punt 18 hierboven), zodat een arrest op korte termijn is te verwachten (zie met betrekking tot een soortgelijke situatie arrest Gerecht van 27 september 2002, Tideland Signal/Commissie, T-211/02, Jurispr. blz. II-3781). Onder deze omstandigheden kan niet worden uitgesloten dat de Commissie de litigieuze overeenkomst zal moeten beëindigen en een nieuwe aanbestedingsprocedure voor de betrokken opdracht organiseren, waaraan verzoekster zou kunnen deelnemen.
- 98 Ten tweede moet worden vastgesteld dat, al besluit de Commissie om een schadevergoeding toe te kennen als herstel van de door verzoekster geleden schade, een dergelijke wijze van uitvoering van een eventueel arrest tot nietigverklaring volgens vaste rechtspraak als passend herstel geldt. De mogelijke door verzoekster geleden schade kan derhalve niet worden aangemerkt als onherstelbaar, aangezien deze later financieel kan worden vergoed (zie beschikking Esedra/Commissie, reeds aangehaald, punt 44, en aldaar aangehaalde rechtspraak, en beschikking TQ3 Travel Solutions Belgium/Commissie, reeds aangehaald, punt 43).

- 99 In ieder geval moet worden vastgesteld dat verzoekster, zelfs wanneer een vrijwillig herstel van de kant van de Commissie uitblijft, bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel beroep tot schadevergoeding zou kunnen instellen bij het Gerecht, aangezien het verlies van een opdracht een verlies vormt dat economisch kan worden goedge maakt in het kader van een actie op grond van artikel 288 EG (beschikking Esedra/Commissie, reeds aangehaald, punt 47; beschikking president Gerecht van 27 februari 2002, Euroalliages e.a./Commissie, T-132/01 R, Jurispr. blz. II-777, punten 51-53, en beschikking TQ3 Travel Solutions Belgium/Commissie, reeds aangehaald, punt 45).
- 100 Gelet op deze overwegingen moet worden vastgesteld dat de situatie die ten grondslag ligt aan het onderhavige geding, wezenlijk verschilt van de situatie in de zaak die heeft geleid tot de beschikking Commissie/België, waarop verzoekster zich beroept. Anders dan in deze laatste zaak is opgemerkt, kan er in het onderhavige geval niet van worden uitgegaan dat een beslissing in de hoofdzaak, zelfs indien die wordt genomen terwijl de overeenkomst wordt uitgevoerd, de door zowel de communautaire rechtsorde als verzoekster geleden schade niet zou kunnen herstellen.
- 101 Gelet op het voorgaande kunnen de gevorderde voorlopige maatregelen dus enkel in uitzonderlijke omstandigheden gerechtvaardigd zijn, namelijk indien verzoekster zich zonder deze maatregelen in een situatie zou bevinden die haar voortbestaan in gevaar brengt of haar marktpositie op onherstelbare wijze verandert (zie in die zin beschikkingen Esedra/Commissie, reeds aangehaald, punt 45, en TQ3 Travel Solutions Belgium/Commissie, reeds aangehaald, punt 46).
- 102 In dat opzicht moet worden vastgesteld dat verzoekster weliswaar stelt dat de gunning van deze opdracht gunstig voor haar zou zijn, maar dat zij daarentegen niet stelt dat de besluiten van 13 september en 22 oktober 2004 zodanige financiële

gevolgen hebben dat haar voortbestaan in gevaar komt. Verzoekster heeft dit immers niet betoogd en heeft geen informatie over haar financiële situatie overgelegd op grond waarvan de kortgedingrechter tot de conclusie zou kunnen komen dat haar voortbestaan in gevaar is.

- 103 De enige werkelijke gevolgen die verzoekster aan de tenuitvoerlegging van het besluit van 13 september 2004 en het besluit van 22 oktober 2004 verbindt, bestaan dus uit het verlies van een belangrijke referentie en de gestelde moeilijkheid om in de toekomst op nuttige wijze in te schrijven in het kader van projecten die verband houden met de betrokken opdracht. Voorzover deze gevolgen kunnen worden geacht de onherstelbaarheid van de gestelde schade te moeten bewijzen, kan hun werkelijke invloed op de situatie van verzoekster evenwel niet worden beoordeeld op grond van de stukken van het dossier. Zij heeft met name niet aangetoond dat deze referentie onmisbaar voor haar was of dat zij zou worden belet in de toekomst projecten van dezelfde schaal tot een goed einde te brengen. Zij heeft evenmin gegevens overgelegd op grond waarvan kan worden geconcludeerd dat haar reputatie op ernstige en onherstelbare wijze is geschaad of, a fortiori, dat deze schade haar zal beletten deel te nemen aan toekomstige aanbestedingen door de Commissie met betrekking tot de SIS II- en VIS-systemen. In dit verband moet worden toegevoegd dat volgens vaste rechtspraak deelneming aan een openbare aanbesteding, die naar haar aard een sterk mededingingskarakter heeft, voor alle inschrijvers hoe dan ook risico's meebrengt en het feit dat een van hen op grond van de aanbestedingsregels wordt uitgesloten, op zich geen enkele schade kan veroorzaken en derhalve in beginsel niet als aantasting van zijn reputatie kan worden beschouwd (zie in die zin beschikking president Hof van 5 augustus 1983, CMC/Commissie, 118/83 R, Jurispr. blz. 2583, punt 51, en beschikking Esedra/Commissie, reeds aangehaald, punt 48).

- 104 Onder deze omstandigheden tonen de door verzoekster aangevoerde bewijzen niet rechtens genoegzaam aan dat zij zonder de gevorderde voorlopige maatregelen ernstige en onherstelbare schade zal lijden.

- 105 Gelet op een en ander is niet aan de voorwaarde van spoedeisendheid voldaan, zodat het verzoek in kort geding moet worden afgewezen.

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG

beschikt:

- 1) Het verzoek in kort geding wordt afgewezen.**
- 2) De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.**

Luxemburg, 31 januari 2005.

De griffier

H. Jung

De president

B. Vesterdorf