



Jurisprudentie

**Zaak T-299/11
(gedeeltelijke publicatie)**

**European Dynamics Luxembourg SA e.a.
tegen**

Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM)

„Overheidsopdrachten voor diensten — Aanbestedingsprocedure — Externe dienstverlening voor programma- en projectbeheer alsook technische bijstand op IT-gebied — Rangschikking van een inschrijver in een cascadeprocedure — Gunningscriteria — Gelijke kansen — Transparantie — Kennelijk onjuiste beoordeling — Motiveringsplicht — Niet-contractuele aansprakelijkheid — Verlies van een kans”

Samenvatting – Arrest van het Gerecht (Vierde kamer) van 7 oktober 2015

1. *Openbare aanbestedingen van de Europese Unie — Aanbestedingsprocedure — Verplichting tot eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers — Noodzaak om de gelijkheid van kansen te verzekeren en het transparantiebeginsel te eerbiedigen — Draagwijdte — Weging van de in het kader van een gunningscriterium geldende subcriteria die niet in het bestek is vastgelegd en niet vooraf is meegedeeld aan de inschrijvers — Ontoelaatbaarheid*

(Verordening nr. 1605/2002 van de Raad, art. 89, lid 1)

2. *Openbare aanbestedingen van de Europese Unie — Gunning van een opdracht na een offerteaanvraag — Beoordelingsvrijheid van de instellingen — Rechterlijke toetsing — Grenzen*
3. *Openbare aanbestedingen van de Europese Unie — Aanbestedingsprocedure — Gunning van de opdrachten — Gunningscriteria — Verplichting tot eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en van het transparantiebeginsel — Omvang — Gebrek aan duidelijkheid en precisie — Niet-nakoming van de motiveringsplicht*

(Art. 296, tweede alinea, VWEU; verordening nr. 1605/2002 van de Raad, art. 100, lid 2)

4. *Handelingen van de instellingen — Motivering — Feitelijke vergissing of rekenfout in de voor het overige toereikende motivering van een besluit — Geen invloed op de wettigheid van het besluit*

(Art. 296 VWEU)

5. *Handelingen van de instellingen — Motivering — Verplichting — Omvang — Besluit tot afwijzing van een offerte in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht voor dienstverlening — Verplichting om op schriftelijk verzoek kennis te geven van de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte en van de naam van degene aan wie de opdracht is gegund — Verplichting van de aanbestedende dienst om een zorgvuldige vergelijkende analyse van*

de gekozen offerte en de offerte van de afgewezen inschrijver te verschaffen — Geen — Inaanmerkingneming, bij de beoordeling van de motivering, van de antwoorden van een instelling op de vragen van een afgewezen inschrijver — Grenzen

(Art. 296 VWEU; verordening nr. 1605/2002 van de Raad, art. 100, lid 2; verordening nr. 2342/2002 van de Commissie, art. 149, lid 3)

6. *Niet-contractuele aansprakelijkheid — Voorwaarden — Causaal verband — Schade die een inschrijver lijdt door het verlies van een opdracht in het kader van een aanbestedingsprocedure — Gunningsbesluit van een instelling dat het beginsel van gelijke kansen en het transparantiebeginsel schendt en op kennelijke beoordelingsfouten berust — Bestaan van een causaal verband*

(Art. 340, tweede alinea, VWEU)

7. *Niet-contractuele aansprakelijkheid — Voorwaarden — Reële en zekere schade veroorzaakt door een onrechtmatige handeling — Begrip — Verlies van een kans om een opdracht toegewezen te krijgen — Daaronder begrepen — Beoordeling — Criteria*

(Art. 340, tweede alinea, VWEU; Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, art. 47)

8. *Niet-contractuele aansprakelijkheid — Schade — Beoordeling — Ontbreken van gegevens op basis waarvan de Unierechter zich hierover kan uitspreken in het arrest waarbij wordt vastgesteld dat de Unie onrechtmatigheden heeft begaan — Verwijzing naar een latere fase van de procedure voor de vaststelling van de schadevergoeding*

(Art. 340 VWEU)

9. *Niet-contractuele aansprakelijkheid — Voorwaarden — Reële en zekere schade veroorzaakt door een onrechtmatige handeling — Schade die voortvloeit uit de aantasting van de reputatie en de geloofwaardigheid van een inschrijver die is afgewezen tijdens een aanbestedingsprocedure die door de Unierechter nietig is verklaard — Nietigverklaring van de bestreden handeling, waardoor een passende vergoeding van de geleden schade wordt verzekerd*

(Art. 340 VWEU)

1. Krachtens het beginsel van gelijke behandeling moet de aanbestedende dienst in elke fase van een aanbestedingsprocedure erop toezien dat alle inschrijvers gelijk worden behandeld en dus gelijke kansen hebben. Het beginsel van gelijke behandeling betekent eveneens dat de inschrijvers zich in een gelijke positie moeten bevinden, zowel in de fase waarin zij hun offertes voorbereiden als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende dienst. Dat impliceert meer bepaald dat de gunningscriteria in het bestek of in de aankondiging van de opdracht zodanig moeten zijn geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn om deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren, en dat deze criteria bij de evaluatie van de offertes op objectieve en uniforme wijze op alle inschrijvers moeten worden toegepast. Bovendien impliceert het beginsel van transparantie, dat in essentie tot doel heeft te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur aan de zijde van de aanbestedende dienst wordt uitgebannen, dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden geformuleerd, zodat, enerzijds, alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn om de juiste draagwijdte ervan te begrijpen en deze voorwaarden en modaliteiten op dezelfde manier te interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om na te gaan of de offertes van de inschrijvers daadwerkelijk beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn.

In die omstandigheden kan de aanbestedende dienst geen weging op basis van subcriteria verrichten wanneer hij de inschrijvers niet vooraf hierover heeft ingelicht. Door een weging toe te passen van de verschillende in het kader van dat gunningscriterium geldende subcriteria die niet is vastgelegd in het bestek en ook niet vooraf is meegedeeld aan de inschrijvers, heeft de aanbestedende dienst dus het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel geschonden, waardoor de afgewezen inschrijvers zijn benadeeld.

(cf. punten 44, 48, 53)

2. Zie de tekst van de beslissing.

(cf. punt 58)

3. Vastgesteld moet worden dat een besluit ontoereikend is gemotiveerd in de zin van artikel 296, tweede alinea, VWEU, gelezen in samenhang met artikel 100, lid 2, van verordening nr. 1605/2002 houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen, wanneer het, wegens een gebrek aan precisie van het bestek en het summiere en vage oordeel van het comité dat de offertes van de inschrijvers evalueert, zowel voor een afgewezen inschrijver als voor de Unierechter onmogelijk is om te beoordelen of de door de aanbestedende dienst geuite kritiek op het gebruik van een senior projectmanager en een projectmanager steek houdt, en dus om vast te stellen of deze kritiek al dan niet berust op een kennelijke beoordelingsfout.

(cf. punten 85, 86)

4. Eenvoudige feitelijke vergissingen of rekenfouten, die geen invloed kunnen hebben op de uitkomst van een procedure, kunnen de nietigverklaring van de bestreden handeling niet rechtvaardigen.

(cf. punt 107)

5. Op grond van artikel 100, lid 2, eerste alinea, van verordening nr. 1605/2002 houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen kan niet van de aanbestedende dienst worden geëist dat hij aan een inschrijver wiens offerte niet is gekozen, naast de redenen voor de afwijzing van zijn offerte een nauwkeurige samenvatting verstrekt van de wijze waarop elk detail van zijn offerte bij de evaluatie ervan in aanmerking is genomen, en dat hij bij de mededeling van de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, een zorgvuldige vergelijkende analyse van deze offerte en de offerte van de afgewezen inschrijver verschaft. De aanbestedende dienst is evenmin verplicht om een afgewezen inschrijver op diens schriftelijk verzoek een volledige kopie van het evaluatierapport te bezorgen. De Unierechter gaat evenwel na of in het bestek duidelijk is aangegeven welke methode de aanbestedende dienst bij de technische evaluatie van de offertes zal toepassen, daaronder begrepen de verschillende gunningscriteria, het respectieve gewicht ervan bij de evaluatie, dat wil zeggen bij de berekening van de totale score, alsook het minimum- en het maximumaantal punten voor elk criterium.

Wanneer de aanbestedende dienst in antwoord op een verzoek om aanvullende toelichting bij een gunningsbesluit een brief verstuurt voordat een beroep wordt ingesteld, maar nadat de datum die is vastgesteld in artikel 149, lid 3, van verordening nr. 2342/2002 tot vaststelling van uitvoeringsvoorschriften van verordening nr. 1605/2002 is verstreken, kan deze brief ook in aanmerking worden genomen bij de beoordeling of de motivering in het betrokken geval toereikend was. De motiveringsplicht moet namelijk worden beoordeeld aan de hand van de gegevens waarover de verzoekende partij beschikte op het moment waarop het beroep werd ingesteld. Hierbij zij evenwel aangetekend dat de instelling de oorspronkelijke motivering niet mag vervangen door een geheel nieuwe motivering.

(cf. punten 129, 130)

6. Voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie in de zin van artikel 340, tweede alinea, VWEU wegens een onrechtmatige gedraging van haar organen moet aan een aantal voorwaarden zijn voldaan: onrechtmatigheid van de aan de instellingen verweten gedraging, het bestaan van schade en een oorzakelijk verband tussen de aangevoerde gedraging en de gestelde schade.

Wanneer een besluit tot gunning van een overheidsopdracht op meerdere punten ontoereikend is gemotiveerd, kan geen causaal verband tussen deze motiveringsgebreken en de door een afgewezen inschrijver aangevoerde schade worden aanvaard, aangezien een motiveringsgebrek als zodanig niet kan leiden tot de aansprakelijkheid van de Unie, met name omdat een dergelijk gebrek niet aantoonbaar is dat de opdracht zonder dit gebrek aan de verzoekende partij had kunnen of zelfs had moeten worden gegund.

Wat daarentegen het causale verband betreft tussen de vastgestelde materiële onrechtmatigheden, namelijk schending van het beginsel van gelijke kansen en het transparantiebeginsel en kennelijke beoordelingsfouten, enerzijds, en het verlies van een kans, anderzijds, kan de aanbestedende dienst niet louter stellen dat hij, gelet op zijn ruime beoordelingsbevoegdheid, niet verplicht was om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen. Vastgesteld moet worden dat de materiële onrechtmatigheden die de aanbestedende dienst heeft begaan in het kader van de individuele en de vergelijkende beoordeling van de offertes van de inschrijvers, de kansen van de verzoekende partij om als eerste of tweede in het cascadesysteem te worden gerangschikt konden ondermijnen. Dit geldt in het bijzonder voor de vergelijkende beoordeling van deze offertes op basis van een gunningscriterium waarbij de aanbestedende dienst zich heeft laten leiden door een kennelijk verkeerde lezing van het bestek.

(cf. punten 140-144)

7. Wat het door een afgewezen inschrijver ingestelde beroep betreft ter vergoeding van de schade die hij zou hebben geleden door het verlies van een kans om een opdracht toegewezen te krijgen, vormt het verlies van een kans dat de verzoekende partij heeft geleden, reële en zekere schade, zelfs indien rekening wordt gehouden met de ruime beoordelingsbevoegdheid van de aanbestedende dienst bij de gunning van de betrokken opdracht.

In een situatie waarin het risico groot is dat de betrokken opdracht reeds volledig zal zijn uitgevoerd aan het einde van de litigieuze procedure voor het Gerecht, zou het in strijd zijn met het in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie neergelegde beginsel van effectieve rechterlijke bescherming indien de Unierechter niet zou aanvaarden dat sprake is van het verlies van een dergelijke kans, en het niet nodig zou achten om daarvoor een vergoeding toe te kennen. In een dergelijke situatie levert de retroactieve nietigverklaring van een gunningsbesluit de afgewezen inschrijver immers geen voordeel meer op, zodat het verlies van de kans onherstelbaar is. Bovendien moet rekening worden gehouden met het feit dat de inschrijver wiens offerte is beoordeeld en op onrechtmatige wijze is afgewezen, wegens de voorwaarden die gelden in kortgedingprocedures voor de president van het Gerecht, in de praktijk slechts zelden een opschorting van de tenuitvoerlegging van dat besluit kan verkrijgen.

Wat de omvang betreft van de te vergoeden schade die voortvloeit uit het verlies van een kans, moet rekening worden gehouden met de geraamde waarde van de betrokken opdracht, zoals vastgesteld in de aankondiging van de opdracht, met de kans dat de verzoekende partij succes zou hebben gehad met haar offerte, met de duur van de overeenkomst die is gesloten met de geselecteerde inschrijver, met de nettowinst die de verzoekende partij tijdens de uitvoering van deze overeenkomst had kunnen behalen, alsook met de winsten die de verzoekende partij anderszins heeft behaald doordat de

betrokken opdracht niet aan haar is gegund, om overcompensatie te voorkomen. Bovendien moet ter bepaling van het totale bedrag dat als vergoeding kan worden betaald wegens het verlies van een kans, de vastgestelde nettowinst te worden vermenigvuldigd met de kans op succes.

(cf. punten 144, 145, 149-154)

8. Wanneer de Unierechter, gelet op de elementen van het dossier, niet in staat is om zich definitief uit te spreken over het bedrag van de schadevergoeding die de Unie aan een verzoeker dient toe te kennen wegens het verlies van een kans, is het om redenen van proceseconomie aangewezen om in een eerste fase bij interlocutoir arrest uitspraak te doen over de aansprakelijkheid van de Unie. De begroting van de schadevergoeding wegens de door de Unie begane onrechtmatigheden wordt dus aangehouden tot in een later stadium, en zal worden verricht door partijen in onderlinge overeenstemming dan wel door het Gerecht indien een dergelijke overeenstemming ontbreekt.

(cf. punt 147)

9. Wat het door een afgewezen inschrijver ingestelde beroep betreft tot vergoeding van de schade die voortvloeit uit een vermeende aantasting van zijn reputatie en geloofwaardigheid, volstaat de eventuele nietigverklaring van het gunningsbesluit door de Unierechter in beginsel om de door deze aantasting veroorzaakte schade te vergoeden, zonder dat uitspraak hoeft te worden gedaan over de vraag of de – in voorkomend geval niet gerechtvaardigde – rangschikking van de offerte van deze inschrijver in het cascadesysteem door de aanbestedende dienst een dergelijke aantasting vormt.

(cf. punt 155)