



## Jurisprudentie

ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)

13 oktober 2015 \*

„Overheidsopdrachten voor diensten — Aanbestedingsprocedure — Technische bijstand aan de Servische douanediensdienst ter ondersteuning van de modernisering van het douanesysteem — Belangenconflict — Afwijzing van de offerte van een inschrijver door de delegatie van de Unie in de Republiek Servië — Stilzwijgende afwijzing van de klacht die is ingediend tegen de afwijzing van de offerte”

In zaak T-403/12,

**Intrasoft International SA**, gevestigd te Luxemburg (Luxemburg), vertegenwoordigd door S. Pappas, advocaat,

verzoekster,

tegen

**Europese Commissie**, vertegenwoordigd door F. Erlbacher en E. Georgieva als gemachtigden,

verweerster,

betreffende, enerzijds, een verzoek tot nietigverklaring van de brief van 10 augustus 2012 van de Commissie, optredend via de delegatie van de Europese Unie in de Republiek Servië, waarin is meegedeeld dat de opdracht voor het verlenen van diensten in het kader van de aanbestedingsprocedure EuropeAid/131367/C/SER/RS, met als opschrift „Technische bijstand aan de douanediensdienst van Servië ter ondersteuning van de modernisering van het douanesysteem” (PB 2011/S 160-262712), niet kon worden gegund aan het consortium waarvan Intrasoft International SA deel uitmaakte en, anderzijds, een verzoek tot nietigverklaring van het vermeende stilzwijgende besluit waarbij de klacht van verzoekster tegen de brief van 10 augustus 2012 zou zijn afgewezen,

wijst

HET GERECHT (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: M. E. Martins Ribeiro, president, S. Gervasoni en L. Madise (rapporteur), rechters,

griffier: L. Grzegorzcyk, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 27 januari 2015,

het navolgende

\* Procestaal: Engels.

## Arrest

### Voorgeschiedenis van het geding

- 1 Verzoekster, Intrasoft International SA, is een in Luxemburg (Luxemburg) gevestigde vennootschap.
- 2 Op 23 augustus 2011 is een aankondiging van opdracht met als referentie EuropeAid/131367/C/SER/RS (hierna: „aankondiging van de opdracht”) gepubliceerd in het *Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie* (PB 2011/S 160-262712).
- 3 Die opdracht had betrekking op de gunning van een overheidsopdracht voor diensten met als opschrift „Technische bijstand aan de douanedienst van Servië ter ondersteuning van de modernisering van het douanesysteem”. De initiële uitvoeringstermijn voor de opdracht bedroeg 24 maanden en het maximale budget bedroeg 4 100 000 EUR.
- 4 De aanbesteding paste in het kader van het instrument voor pretoetredingssteun, dat is ingesteld en geregeld bij verordening (EG) nr. 1085/2006 van de Raad van 17 juli 2006 tot invoering van een instrument voor pretoetredingssteun (IPA) (PB L 210, blz. 82). Dit instrument heeft tot doel bijstand te verlenen aan verschillende landen, waaronder Servië, opdat zij zich met het oog op hun toekomstige toetreding geleidelijk zouden aanpassen aan de normen, het beleid en het acquis van de Europese Unie. Die bijstand wordt met name verleend via overheidsopdrachten voor diensten die door de Europese Commissie worden uitgeschreven en gegund en door de ondernemingen waaraan die opdrachten worden gegund, worden verstrekt aan het begunstigde land, in casu Servië.
- 5 De aanbestedende dienst was de Unie, vertegenwoordigd door de Commissie, die optrad via haar delegatie in de Republiek Servië (hierna: „aangebestede dienst”).
- 6 Volgens de aankondiging van de opdracht moest deze worden gegund aan de economisch voordeligste offerte in het kader van een niet-openbare procedure in twee fasen, te weten de voorselectie en de gunning.
- 7 De belanghebbenden hadden tot 30 september 2011 tijd om hun kandidatuur voor de voorselectie in te dienen, samen met bepaalde gegevens waaruit hun financiële draagkracht, technische bekwaamheid en vakbekwaamheid voor de uitvoering van de opdracht bleken. Na de beoordeling van de inschrijvingen moest het beoordelingscomité een beperkte lijst opmaken van in aanmerking komende gegadigden, bestaande uit vier tot acht gegadigden, die voor de tweede fase van de procedure, te weten de gunning van de opdracht, zouden worden uitgenodigd.
- 8 Tijdens deze aanbestedingsprocedure heeft verzoekster schriftelijke vragen gesteld aan de aanbestedende dienst overeenkomstig punt 3.3.5, „Aanvullende inlichtingen tijdens de procedure”, van de *Praktische gids voor opdrachtprocedures in het kader van acties van de Commissie in derde landen*, die door de diensten van de Commissie is uitgewerkt met het oog op de concrete uitvoering van de financiële steunmaatregelen ten gunste van derde landen (hierna: „praktische gids”). Zij heeft met name gevraagd of een vennootschap of een deskundige die aan de betrokken aanbestedingsprocedure wenste deel te nemen, moest worden geacht in een belangenconflict te verkeren omdat zij of hij in het kader van een vorige aanbestedingsprocedure had deelgenomen aan de uitvoering van het project EuropeAid/128180/C/SER/RS.
- 9 Bij e-mail van 26 april 2012 heeft de aanbestedende dienst verzoekster geantwoord dat „de vennootschap of de deskundige die heeft deelgenomen aan de uitvoering van het project EuropeAid/128180/C/SER/RS en die aan de aanbesteding EuropeAid/131367/C/SER/RS wenst deel te

nemen, niet in een belangenconflict verkeert, [gelet op het feit dat] de aanbesteding EuropeAid/128180/C/SER/RS niet de voorbereiding van documenten voor de aanbesteding EuropeAid/131367/C/SER/RS omvatte”.

- 10 Verzoekster heeft een dossier ingediend om als lid van het consortium dat zij samen met Serbian Business Systems d.o.o. en Belit d.o.o. vormde, aan de aanbesteding deel te nemen.
- 11 Bij brief van 10 augustus 2012 heeft de aanbestedende dienst verzoekster te kennen gegeven dat de opdracht niet kon worden gegund aan het consortium waarvan zij deel uitmaakte (hierna: „brief van 10 augustus 2012”). Deze brief bevatte de volgende toelichting:
  - verzoekster heeft geprivilegieerde toegang gehad tot een bepaald aantal documenten die integrerend deel uitmaakten van de lopende aanbestedingsprocedure en die het uitgangspunt vormden ter bepaling van de door de betrokken overeenkomst bestreken activiteiten. Deze geprivilegieerde toegang hing samen met het feit dat zij betrokken was bij de opstelling van deze documenten in het kader van een vorige aanbestedingsprocedure, EuropeAid/128180/C/SER/RS; de aanbestedende dienst is dan ook overeenkomstig artikel 2.3.6 van de praktische gids van mening dat is voldaan aan de voorwaarde inzake het bestaan van een belangenconflict;
  - de aanbestedende dienst heeft de omstandigheden van het onderhavige geval pas in detail kunnen onderzoeken na zorgvuldig alle inschrijvingen geval per geval te hebben onderzocht;
  - verzoekster kon tot 17 augustus 2012 aangeven dat zij niet akkoord ging of om aanvullende inlichtingen verzoeken. Op die dag zou de aanbestedende dienst de gunningsprocedure voortzetten.
- 12 Bij e-mail van 13 augustus 2012 heeft verzoekster de aanbestedende dienst verzocht om terug te komen op zijn in de brief van 10 augustus 2012 vervatte besluit tot afwijzing van de offerte van het consortium waarvan zij deel uitmaakte, en heeft zij hem tevens verzocht om de aanbestedingsprocedure te schorsen in afwachting dat zij meer inlichtingen over de redenen van deze afwijzing zou krijgen.
- 13 Bij brief van 12 september 2012 heeft de aanbestedende dienst verzoekster te kennen gegeven dat hij wegens het in de brief van 10 augustus 2012 genoemde belangenconflict de opdracht niet kon gunnen aan het consortium waarvan zij deel uitmaakte, en haar tevens de naam meegedeeld van het consortium waaraan de opdracht volgens het advies van het evaluatiecomité diende te worden gegund (hierna: „brief van 12 september 2012”).

### **Procedure en conclusies van partijen**

- 14 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 11 september 2012, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld, dat strekt tot nietigverklaring van het in de brief van 10 augustus 2012 vervatte besluit en van het vermeende stilzwijgende besluit tot afwijzing van haar klacht.
- 15 Bij afzonderlijke akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 21 september 2012, heeft verzoekster een verzoek ingediend tot opschorting van de tenuitvoerlegging van het in de brief van 10 augustus 2012 vervatte besluit, van het vermeende stilzwijgende besluit tot afwijzing van haar klacht en van het in de brief van 12 september 2012 vervatte besluit, dat is vastgesteld na de inleiding van het beroep tot nietigverklaring bij het Gerecht.
- 16 Bij beschikking van 14 november 2012, Intrasoft International/Commissie (T-403/12 R, EU:T:2012:600), heeft de kortgedingrechter het verzoek in kort geding afgewezen wegens het ontbreken van spoedeisendheid.

- 17 Bij de wijziging van de samenstelling van de kamers van het Gerecht is de rechter-rapporteur toegevoegd aan de Tweede kamer, waaraan de onderhavige zaak dan ook is toegewezen.
- 18 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Tweede kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan.
- 19 Ter terechtzitting van 27 januari 2015 hebben partijen pleidooi gehouden en geantwoord op de mondelinge vragen van het Gerecht.
- 20 De mondelinge behandeling is op 12 februari 2015 gesloten.
- 21 Verzoekster verzoekt het Gerecht:
- het besluit van de delegatie van de Unie in de Republiek Servië dat is vervat in de brief van 10 augustus 2012 en het stilzwijgende besluit tot afwijzing van haar klacht tegen dat besluit nietig te verklaren, zodat verzoekster kan deelnemen aan de volgende fasen van de aanbesteding;
  - verweester te verwijzen in de kosten.
- 22 De Commissie verzoekt het Gerecht:
- het beroep niet-ontvankelijk te verklaren;
  - subsidiair, het beroep ongegrond te verklaren;
  - verzoekster te verwijzen in haar eigen kosten en in die welke de Commissie in de onderhavige procedure en in de kortgedingprocedure in zaak T-403/12 R heeft gemaakt.
- 23 In antwoord op een ter terechtzitting gestelde vraag heeft verzoekster, zoals in het proces-verbaal van de terechtzitting is opgetekend, gepreciseerd dat haar beroep niet gericht was tegen de brief van 12 september 2012, die door de aanbestedende dienst is verzonden op de dag nadat zij dit beroep bij het Gerecht had ingesteld, en dat deze brief niet heeft geleid tot een aanpassing van haar vordering. Dienaangaande heeft verzoekster uitgelegd dat de brief van 12 september 2012 slechts de bevestiging vormt van de brief van 10 augustus 2012 en dus het lot ervan volgt.

## **In rechte**

### *Ontvankelijkheid*

- 24 Vooraf zij eraan herinnerd dat het onderhavige beroep gericht is tegen de volgende handelingen (hierna: „bestreden handelingen”): ten eerste, de brief van 10 augustus 2012, waarin is meegedeeld dat de betrokken opdracht voor het verlenen van diensten niet kon worden gegund aan het consortium waarvan verzoekster deel uitmaakte, omdat deze laatste in een belangenconflict verkeerde, en, ten tweede, het vermeende stilzwijgende besluit waarbij de klacht van verzoekster tegen de brief van 10 augustus 2012 zou zijn afgewezen.
- 25 Zonder formeel een exceptie van niet-ontvankelijkheid op te werpen op grond van artikel 114 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, voert de Commissie in haar verweerschrift argumenten aan waarmee zij de ontvankelijkheid van het tegen de bestreden handelingen ingestelde beroep betwist.

- 26 Zij betoogt dat de brief van 10 augustus 2012 geen voor beroep vatbare handeling is, omdat hij enkel tot doel heeft om verzoekster in te lichten over het feit dat zij in een belangenconflict verkeert, en om de redenen voor deze beoordeling toe te lichten. De enige handeling waartegen een beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld is het bij brief van 12 september 2012 meegedeelde besluit, dat niet binnen de gestelde termijnen is aangevochten en dus definitief is geworden ten aanzien van verzoekster.
- 27 Wat het vermeende stilzwijgende besluit tot afwijzing van de klacht betreft, preciseert de Commissie dat de in punt 2.4.15.1 van de praktische gids genoemde termijn van vijftien werkdagen om een klacht te beantwoorden slechts een „regel om naar beste vermogen te handelen” vormt die in het belang van een behoorlijk bestuur is vastgesteld, en dat het feit dat binnen die termijn geen antwoord is gegeven bijgevolg niet kan worden beschouwd als een stilzwijgende afwijzing van de klacht van verzoekster. De praktische gids kan immers geen bindende regels vaststellen inzake de termijnen waarbinnen een beroep bij het Gerecht dient te worden ingesteld.
- 28 Uit vaste rechtspraak inzake de ontvankelijkheid van beroepen tot nietigverklaring volgt dat voor de kwalificatie van de bestreden handelingen moet worden gekeken naar de wezenlijke inhoud van deze handelingen zelf, alsmede naar de bedoeling van de auteurs ervan. In dit verband vormen maatregelen die het standpunt van de Commissie definitief vastleggen na afloop van een administratieve procedure en die beogen bindende rechtsgevolgen in het leven te roepen die de belangen van de verzoeker kunnen aantasten, met uitsluiting van tussentijdse maatregelen die de voorbereiding van het eindbesluit tot doel hebben en die niet dergelijke gevolgen hebben, in beginsel voor beroep vatbare handelingen (zie arrest van 17 juli 2008, Athinaïki Techniki/Commissie, C-521/06 P, Jurispr., EU:C:2008:422, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 29 De vorm waarin een handeling of besluit is gegoten, is in beginsel van geen belang voor de ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring. Het is dus niet van invloed op de kwalificatie van de betrokken handeling of deze al dan niet aan bepaalde vormvereisten voldoet, te weten of daaraan door haar auteur de juiste benaming is gegeven, of zij toereikend gemotiveerd is en of zij de bepalingen noemt die haar wettelijke grondslag vormen. Zo is het irrelevant dat deze handeling niet als „besluit” is aangeduid, of dat zij niet verwijst naar de bepalingen van het VWEU die voorzien in de rechtsmiddelen die daartegen kunnen worden aangewend (zie naar analogie arrest Athinaïki Techniki/Commissie, punt 28 supra, EU:C:2008:422, punten 43 en 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 30 Anders zou de Commissie zich aan het toezicht van de Unierechter kunnen onttrekken, louter door dergelijke vormvereisten te schenden. Uit de rechtspraak blijkt immers dat, aangezien de Unie een rechtsgemeenschap is, in die zin dat de instellingen niet ontkomen aan het toezicht op de verenigbaarheid van hun handelingen met het Verdrag, de procesregels voor beroepen die bij de Unierechter worden ingesteld, zo veel mogelijk aldus moeten worden uitgelegd dat zij kunnen worden toegepast op een wijze die bijdraagt tot de verwezenlijking van het doel dat erin bestaat een daadwerkelijke rechterlijke bescherming te waarborgen van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontlenuen (zie arrest Athinaïki Techniki/Commissie, punt 28 supra, EU:C:2008:422, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 31 Tegen de achtergrond van deze overwegingen moet om te beginnen worden nagegaan of de hierboven in punt 24 genoemde bestreden handelingen, zoals verzoekster stelt, voor haar bezwarende handelingen zijn en of hier aldus een beroep tot nietigverklaring tegen kan worden ingesteld.

## Ontvankelijkheid van het beroep tegen de brief van 10 augustus 2012

- 32 De bindende rechtsgevolgen van een handeling moeten worden beoordeeld aan de hand van objectieve criteria, zoals de inhoud van die handeling (zie naar analogie arrest van 20 maart 1997, Frankrijk/Commissie, C-57/95, Jurispr., EU:C:1997:164, punt 9), waarbij in voorkomend geval rekening moet worden gehouden met de context waarin de handeling is vastgesteld (zie naar analogie beschikking van 13 juni 1991, Sunzest/Commissie, C-50/90, Jurispr., EU:C:1991:253, punt 13, en arrest van 26 januari 2010, Internationaler Hilfsfonds/Commissie, C-362/08 P, Jurispr., EU:C:2010:40, punt 58) en met de bevoegdheden van de instelling die de handeling heeft vastgesteld (zie naar analogie arrest van 1 december 2005, Italië/Commissie, C-301/03, Jurispr., EU:C:2005:727, punt 28).
- 33 In casu moet worden onderzocht of de brief van 10 augustus 2012, gelet op de inhoud ervan, de feitelijke en juridische context waarin hij is geschreven en de bevoegdheid van de autoriteit die hem heeft opgesteld, kan worden aangemerkt als een voor verzoekster bezwarend besluit.
- 34 Dienaangaande zij vooraf ten eerste opgemerkt dat in casu niet wordt betwist dat de bestreden handelingen, die zijn vastgesteld door de delegatie van de Unie in de Republiek Servië, kunnen worden toegerekend aan de Commissie, die aldus de wettige verweerster is in het kader van het onderhavige beroep. Zoals verzoekster terecht stelt, blijkt immers uit de rechtspraak van het Gerecht dat de handelingen die deze delegatie als gesubdelegeerd ordonnateur van de Commissie heeft vastgesteld, haar niet de hoedanigheid kunnen verlenen van verwerende partij en in casu aan de Commissie dienen te worden toegerekend (zie in die zin beschikking van 4 juni 2012, Elti/Delegatie van de Unie in Montenegro, T-395/11, Jurispr., EU:T:2012:274, punt 64).
- 35 Ten tweede wordt evenmin betwist dat verzoekster als lid van het consortium adressaat is van de tot dit consortium gerichte besluiten, aangezien de structuur van het consortium transparant is ten aanzien van de leden ervan (zie in die zin arrest van 19 maart 2010, Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-50/05, Jurispr., EU:T:2010:101, punt 40).
- 36 Wat in de eerste plaats de inhoud van de brief van 10 augustus 2012 betreft, zij eraan herinnerd dat deze als volgt is geformuleerd:
- „Tot mijn spijt moet ik u meedelen [...] dat uw inschrijving wordt geacht een belangenconflict in te houden, en [dat de opdracht] dus niet aan uw consortium kan worden gegund. [D]e aanbestedende dienst is tot de conclusie gekomen dat de overeenkomst niet kan worden gegund aan het consortium [waarvan u deel uitmaakt], omdat u in een belangenconflict verkeert. [D]e aanbestedende dienst stelt overeenkomstig punt 2.3.6 van de [praktische gids] vast dat is voldaan aan de voorwaarden [om te kunnen spreken van] een belangenconflict [...]”.
- 37 Uit de bewoordingen van deze brief blijkt dus dat de auteur ervan verzoekster niet alleen heeft ingelicht over zijn intentie om haar uit te sluiten van de gunning van de opdracht, zoals de Commissie stelt, maar haar ook het besluit heeft meegedeeld om de opdracht niet te gunnen aan het consortium waarvan zij deel uitmaakte.
- 38 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het feit dat in de brief van 10 augustus 2012 een termijn wordt vermeld waarbinnen verzoekster aan de aanbestedende dienst kon melden dat zij niet akkoord ging of om aanvullende inlichtingen kon verzoeken. Deze vermelding overeenkomstig punt 2.4.15.1 van de praktische gids beoogt de adressaat van de handeling met name de mogelijkheid te bieden om via een klacht zijn belangen te beschermen die door het betrokken besluit zijn aangetast, zonder dat hij daarvoor in rechte hoeft op te treden, en voorts om nadere toelichting te krijgen over een reeds genomen besluit.

- 39 Verder doet de mogelijkheid om een klacht in te dienen, zoals met name wordt opgemerkt in punt 2.4.15.3 van de praktische gids en in de toelichtende voetnoot waarnaar in dat punt wordt verwezen, geen afbreuk aan het recht van de adressaat van de handeling om de zaak voor het Gerecht te brengen binnen de uitdrukkelijk door het Unierecht gestelde termijnen (zie in die zin arrest van 15 september 2011, CMB en Christof/Commissie, T-407/07, EU:T:2011:477, punt 103). Deze mogelijkheid bevrijdt verzoekster dus niet van de verplichting om deze termijnen voor het instellen van een beroep tot nietigverklaring voor het Gerecht in acht te nemen.
- 40 Wat in de tweede plaats de context betreft waarin de brief van 10 augustus 2012 is opgesteld, zij opgemerkt dat deze brief betrekking heeft op de beoordeling van de voorwaarden voor uitsluiting van inschrijvers die voor de gunning van de opdracht zijn geselecteerd, die zijn vermeld in punt 2.3.3 van de praktische gids, zoals is aangegeven in punt 15 van de aankondiging van de opdracht. Deze beoordeling is afgesloten met het besluit dat de opdracht niet kon worden gegund aan het consortium waarvan verzoekster deel uitmaakte. Uit de stukken blijkt immers niet dat de offerte van het consortium waarvan verzoekster deel uitmaakte, opnieuw is beoordeeld na de brief van 10 augustus 2012.
- 41 Hieraan dient te worden toegevoegd dat de auteur van de brief van 10 augustus 2012 hierin heeft aangegeven dat „[hij] de gunningsprocedure [zou voortzetten] overeenkomstig de regels van de praktische gids” indien het besluit niet werd betwist of niet om aanvullende inlichtingen werd verzocht. De brief van 12 september 2012, die aan verzoekster is verzonden op de dag nadat het beroep bij het Gerecht was ingesteld, vermeldt de naam van de onderneming waaraan volgens het voorstel van het evaluatiecomité de opdracht diende te worden gegund. Hieruit volgt dat de aanbestedende dienst, ondanks het in de klacht van verzoekster van 13 augustus 2012 geformuleerde verzoek om de lopende aanbestedingsprocedure te schorsen, deze procedure heeft voortgezet en heeft aangegeven wie van de resterende kandidaten de potentiële winnaar van de aanbesteding was.
- 42 Hieraan dient te worden toegevoegd dat de vermelding op de laatste regel van de brief van 12 september 2012 dat overeenkomstig punt 2.4.15 van de praktische gids beroep kan worden ingesteld tegen het betrokken besluit, aldus kan worden opgevat dat hiermee wordt verwezen naar de mogelijkheid om op te komen tegen het besluit waarbij de opdracht aan een andere inschrijver wordt gegund. De betrokken vermelding geeft dus geen uitsluitsel over de vraag of de brief van 12 september 2012 als een definitief besluit tot uitsluiting van verzoekster kan worden gekwalificeerd. Deze vermelding toont wel, zoals verzoekster terecht stelt, andermaal aan dat de aanbestedingsprocedure niet is geschorst en is afgesloten met de aanduiding van de potentiële winnaar van de aanbesteding door het evaluatiecomité.
- 43 Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de auteur van de brief van 10 augustus 2012, gelet op de context waarin deze is opgesteld, een standpunt heeft ingenomen over de vraag of verzoekster kon deelnemen aan de gunningsfase, tevens heeft verklaard dat verzoekster in een belangenconflict verkeerde, en bijgevolg heeft vastgesteld dat de opdracht niet kon worden gegund aan het consortium waarvan verzoekster deel uitmaakte.
- 44 Wat in de derde en laatste plaats de bevoegdheden betreft van de auteur van de brief, namelijk de delegatie van de Unie in de Republiek Servië, zij opgemerkt dat deze, zoals is vermeld in punt 5 hierboven, optrad als gesubdelegeerde aanbestedende dienst voor de Commissie. De betrokken handeling vormt dus geen louter advies van het evaluatiecomité over de voorwaarden waaronder een inschrijver kan worden uitgesloten wegens een belangenconflict, maar een besluit van de aanbestedende dienst dat als zodanig bindende rechtsgevolgen kan sorteren voor de adressaat ervan.

- 45 Uit alle bovenstaande overwegingen volgt dat de brief van 10 augustus 2012, gelet op de inhoud ervan, de juridische en feitelijke context waarin hij is geschreven en de bevoegdheden van de instantie die hem heeft opgesteld, bindende rechtsgevolgen kan sorteren die de belangen van verzoekster aantasten, zodat het gaat om een voor haar bezwarende handeling waartegen bij het Gerecht een beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld.
- 46 Anders dan de Commissie stelt, heeft verzoekster, toen zij werd geconfronteerd met deze voor haar bezwarende handeling in de zin van de hierboven in de punten 28 tot en met 30 en 32 aangehaalde rechtspraak, het onderhavige beroep correct ingesteld binnen de termijnen, te rekenen vanaf de dag van de vaststelling van deze handeling. Zij hoefde geen antwoord op haar klacht van 13 augustus 2012 af te wachten om het onderhavige beroep in te stellen, wat blijkt uit de hierboven in punt 39 genoemde rechtspraak en tevens uit de punten 2.4.15.1 en 2.4.15.3 van de praktische gids.
- 47 Aangezien de brief van 10 augustus 2012 als een voor beroep vatbare handeling is gekwalificeerd, dient te worden geantwoord op het argument van de Commissie dat de brief van 12 september 2012 een voor verzoekster bezwarende handeling bevat die niet binnen de termijn in rechte is aangevochten, waardoor de uitsluiting van verzoekster van de aanbestedingsprocedure wegens het bestaan van een belangenconflict definitief is geworden. Daarvoor moet worden nagegaan of het procesbelang van verzoekster blijft bestaan nadat de aanbestedende dienst de brief van 12 september 2012 heeft opgesteld, wat vereist dat de uitkomst van het beroep in het voordeel kan zijn van de partij die het heeft ingesteld (zie in die zin beschikking van 25 juni 2014, *Accorinti e.a./ECB*, T-224/12, EU:T:2014:611, punt 68).
- 48 Dienaangaande blijkt uit de rechtspraak dat de nietigverklaring van een bevestigende handeling samenvalt met die van de eerdere handeling, zodat de nietigverklaring van de eerdere handeling automatisch die van de bevestigende handeling impliceert (zie in die zin arrest van 5 mei 1998, *Verenigd Koninkrijk/Commissie*, C-180/96, *Jurispr.*, EU:C:1998:192, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Wanneer het bevestigde besluit niet definitief is geworden, kan de belanghebbende dus hetzij het bevestigde besluit, hetzij het bevestigende besluit, hetzij beide besluiten aanvechten (zie arrest van 16 september 1998, *Waterleiding Maatschappij/Commissie*, T-188/95, *Jurispr.*, EU:T:1998:217, punt 108 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 49 Ten eerste moet in casu worden opgemerkt dat de verwijzing in de brief van 12 september 2012 naar het advies van het evaluatiecomité om de opdracht aan een ander consortium te gunnen, van deze brief nog geen handeling maakt die de brief van 10 augustus 2012 vervangt, voor zover daarbij de offerte is afgewezen van het consortium waarvan verzoekster deel uitmaakte. Deze verwijzing verandert immers noch de motivering, noch de inhoud, noch de gevolgen van het in de brief van 10 augustus 2012 vervatte besluit, voor zover hierbij met name verzoekster wegens een belangenconflict van de aanbestedingsprocedure is uitgesloten en de offerte van het consortium waarvan zij deel uitmaakte vervolgens is afgewezen.
- 50 Wat ten tweede de vermelding betreft dat de aanbestedende dienst de elementen in aanmerking heeft genomen die verzoekster in haar brief van 13 augustus 2012 heeft aangevoerd, zij opgemerkt dat de brief van 12 september 2012 weliswaar een antwoord vormt op de klacht van verzoekster, maar dat de elementen die deze laatste in die brief heeft aangevoerd, geenszins nieuwe of belangrijke feiten vormen vergeleken met die welke de aanbestedende dienst reeds kende op het ogenblik dat de brief van 10 augustus 2012 werd opgesteld, zoals de rechtspraak inzake de kwalificatie van feiten als „nieuw en belangrijk” vereist (zie in die zin arrest van 7 februari 2001, *Inpesca/Commissie*, T-186/98, *Jurispr.*, EU:T:2001:42, punten 50 en 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Verzoekster heeft de aanbestedende dienst immers enkel eraan herinnerd dat deze voordien had uitgesloten dat verzoekster in een belangenconflict verkeerde, en dat hij haar daarover had ingelicht bij e-mail van 26 april 2012 (zie punt 9 hierboven). Voorts wordt in de brief van 12 september 2012 geen informatie verstrekt over een eventuele nieuwe evaluatie van de positie van verzoekster of over een eventuele herziening van de beoordeling van haar offerte na de verzending van de brief van 10 augustus 2012.



- 51 Bovendien kunnen afgewezen inschrijvers weliswaar volgens artikel 149, lid 3, vierde alinea, van verordening (EG, Euratom) nr. 2342/2002 van de Commissie van 23 december 2002 tot vaststelling van uitvoeringsvoorschriften van verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 (PB L 357, blz. 1) de aanbestedende dienst schriftelijk verzoeken om „aanvullende inlichtingen over de redenen voor de afwijzing”, maar de verstrekking van dergelijke aanvullende inlichtingen vervangt niet het besluit waarbij de offerte van de betrokken inschrijver is afgewezen, aangezien de motivering van een dergelijk besluit in verschillende fasen kan verlopen (zie arrest van 22 mei 2012, *Sviluppo Globale/Commissie*, T-6/10, EU:T:2012:245, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 52 Uit het voorgaande volgt dat de aanbestedende dienst met zijn brief van 12 september 2012 in wezen slechts het standpunt bevestigt dat hij reeds in zijn brief van 10 augustus 2012 heeft uiteengezet, en zich daarbij op dezelfde feitelijke en juridische argumenten baseert. Geen van de argumenten in deze brief vormt een nieuw of belangrijk element dat hiervan een besluit tot uitsluiting van verzoekster maakt dat de brief van 10 augustus 2012 vervangt of in de plaats ervan komt.
- 53 Het onderhavige beroep tegen het in de brief van 10 augustus 2012 vervatte besluit is dus door de brief van 12 september 2012 niet zonder voorwerp geworden, zodat het procesbelang van verzoekster, die haar uitsluiting van de aanbestedingsprocedure en de afwijzing van de offerte van het consortium waarvan zij deel uitmaakte ongedaan wenst te maken, in casu blijft bestaan. Anders dan de Commissie stelt, heeft verzoekster, zoals hierboven in punt 46 is aangegeven, terecht een beroep ingesteld tot nietigverklaring van het in de brief van 10 augustus 2012 vervatte besluit, voor zover deze maatregel rechtsgevolgen sorteert die haar belangen aantasten, en voor haar bindend is. Anders zou zij het risico lopen dat de Commissie haar tegenwerpt dat haar beroep te laat is ingesteld, omdat de brief van 12 september 2012, zoals verzoekster terecht stelt, in wezen slechts een handeling is die de brief van 10 augustus 2012 bevestigt.
- 54 Volgens vaste rechtspraak kan een verzoeker namelijk, wanneer hij de termijn heeft laten verstrijken waarbinnen kan worden opgekomen tegen het besluit waarbij een ondubbelzinnige maatregel is vastgesteld die rechtsgevolgen meebrengt waardoor zijn belangen worden aangetast en die hem dwingend is opgelegd, deze termijn niet opnieuw laten ingaan door van de instelling te verlangen dat zij op haar besluit terugkomt, en door een beroep in te stellen tegen het weigeringsbesluit waarbij het eerdere besluit wordt bevestigd (zie beschikking van 10 oktober 2006, *Evropaïki Dynamiki/Commissie*, T-106/05, EU:T:2006:299, punt 55 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 55 Bijgevolg moet het beroep tot nietigverklaring van het in de brief van 10 augustus 2012 vervatte besluit ontvankelijk worden verklaard.

#### Stilzwijgend besluit tot afwijzing van de klacht van verzoekster

- 56 Wat het verzoek betreft tot nietigverklaring van het vermeende stilzwijgende besluit tot afwijzing van de klacht van verzoekster, dient te worden onderzocht of dit vermeende besluit kan worden aangemerkt als een voor beroep vatbare handeling in de zin van artikel 263 VWEU.
- 57 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het loutere stilzwijgen van een instelling die wordt verzocht een standpunt in te nemen, als zodanig geen rechtsgevolgen in het leven kan roepen, behoudens wanneer dit uitdrukkelijk in een bepaling van Unierecht is vastgelegd. Zonder uitdrukkelijke Unierechtelijke bepalingen waarbij een termijn wordt gesteld na afloop waarvan een stilzwijgend besluit wordt geacht te zijn genomen, en waarbij de inhoud daarvan wordt vastgesteld, kan het stilzitten van een instelling niet worden gelijkgesteld met een besluit, omdat anders het door het Verdrag ingestelde stelsel van rechtsbescherming op losse schroeven zou worden gezet (arrest van 13 december 1999, *SGA/Commissie*, T-189/95, T-39/96 en T-123/96, *Jurispr.*, EU:T:1999:317, punten 26 en 27).

- 58 Volgens de rechtspraak van het Gerecht is de praktische gids een louter werkinstrument dat de op een bepaald gebied geldende procedures uiteenzet, en kan hij als zodanig geen rechtsgrondslag vormen voor het invoeren van een verplichte voorafgaande administratieve klacht (arrest van 8 oktober 2008, Sogelma/EBW, T-411/06, Jurispr., EU:T:2008:419, punt 66). In casu kan deze gids evenmin de rechtsgrondslag vormen voor de invoering van een vervaltermijn ten gunste van de autoriteit die een klacht dient te beantwoorden. Bijgevolg kan het stilzitten van de aanbestedende dienst bij het aflopen van de in punt 2.4.15.1 van de praktische gids vastgestelde termijn niet worden aangemerkt als een stilzwijgend besluit tot afwijzing van de klacht van verzoekster. Voorts verbindt de praktische gids geen gevolgen aan het verstrijken van de betrokken termijn.
- 59 Gelet op bovenstaande overwegingen moet het beroep niet-ontvankelijk worden verklaard voor zover hierbij wordt verzocht om nietigverklaring van het stilzwijgende besluit tot afwijzing van de klacht van verzoekster.

*Ten gronde*

- 60 Ter ondersteuning van haar beroep voert verzoekster twee middelen aan. Het eerste middel omvat twee grieven, namelijk niet-inachtneming van het bestek in het kader van de betrokken aanbesteding en schending van het beginsel van behoorlijk bestuur. Het tweede middel betreft de schending van artikel 94 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 (hierna: „financieel reglement”) (PB L 248, blz. 1).
- 61 Het tweede middel moet eerst worden onderzocht.
- 62 Met dit middel, dat betrekking heeft op de schending van artikel 94 van het financieel reglement, betoogt verzoekster enerzijds, in het kader van de eerste grief, dat zij definitief van de aanbestedingsprocedure is uitgesloten zonder opmerkingen te hebben kunnen maken, en anderzijds, in het kader van de tweede grief, dat geen daadwerkelijk bewijs is geleverd dat zij in een belangenconflict verkeerde. Onder verwijzing naar de rechtspraak van het Gerecht waarbij artikel 94 van het financieel reglement is toegepast (arrest van 18 april 2007, Deloitte Business Advisory/Commissie, T-195/05, Jurispr., EU:T:2007:107, punt 67) en naar punt 2.3.6 van de praktische gids stelt zij in wezen dat de uitsluiting van een inschrijver moet berusten op het bestaan van een reëel risico van een belangenconflict dat wordt gestaafd door de specifieke omstandigheden van het geval, waarbij aan de belanghebbende de mogelijkheid moet worden gelaten om aan te tonen dat er geen belangenconflict is.
- 63 Wat met name de factoren betreft die het bestaan van een belangenconflict kunnen uitsluiten, beklemtoont verzoekster dat zij niet betrokken was bij de opstelling van het bestek of bij de vaststelling van de voorwaarden die waren gesteld in de ontwerpaanbesteding EuropeAid/131367/C/SER/RS. Voorts betoogt zij dat zij niet over meer informatie beschikte dan die welke ter beschikking werd gesteld van alle inschrijvers. Het feit dat zij betrokken was bij de opstelling van bepaalde documenten in het kader van een andere aanbestedingsprocedure, zonder dat dit iets te maken had met de nieuwe opdracht, is dus volgens haar op zich geen voldoende reden om te concluderen dat zij in een belangenconflict verkeert. Voorts blijkt haars inziens uit de rechtspraak van het Hof (arrest van 3 maart 2005, Fabricom, C-21/03 en C-34/03, Jurispr., EU:C:2005:127) dat de ervaring die is verworven in het kader van een eerdere opdracht de mededinging niet kan vervalsen, omdat in dat geval de meeste inschrijvers op die grond van nieuwe aanbestedingsprocedures zouden moeten worden uitgesloten.

- 64 De Commissie betoogt dat de brief van 10 augustus 2012 verzoekster uitdrukkelijk de mogelijkheid bood om haar situatie op te helderen voordat het in de brief van 12 september 2012 vervatte besluit zou worden vastgesteld. Voorts bleek uit deze laatste brief dat de aanbestedende dienst „naar behoren rekening [heeft] gehouden met de argumenten die [verzoekster] in [haar] brief [...] van 13 augustus [2012] heeft aangevoerd” en zich heeft gebaseerd op de analyse van de concrete offertes.
- 65 Wat de bewijzen van het bestaan van het betrokken belangenconflict betreft, betoogt de Commissie dat een bepaald aantal documenten die verzoekster in het kader van een vorige opdracht heeft opgesteld, zoals blijkt uit de brief van 12 september 2012, in het kader van de nieuwe aanbesteding bij het bestek zijn gevoegd. Deze documenten „dien[den] als basis voor een belangrijk deel van de activiteiten die door de lopende aanbesteding werden bestreken”. Zoals verzoekster opmerkt, betwist de Commissie niet dat de documenten ter beschikking zijn gesteld van alle potentiële gegadigden. Zij brengt daar evenwel tegen in dat verzoekster vóór alle andere inschrijvers toegang heeft gehad tot deze documenten en aldus een concurrentievoordeel heeft genoten, met name bij het zoeken naar gekwalificeerde deskundigen. Voorts suggereert de Commissie dat verzoekster, door deel te nemen aan de opstelling van de betrokken documenten, in de gelegenheid was om deze aldus op te stellen dat zij een concurrentievoordeel genoot voor de betrokken opdracht, zonder te stellen dat dit in casu het geval was.
- 66 Ten slotte biedt de door verzoekster aangehaalde rechtspraak (arrest Fabricom, punt 63 supra, EU:C:2005:127, punten 29 en 36) volgens de Commissie geen steun aan haar stelling, maar staft zij veeleer het standpunt van de Commissie, namelijk dat een persoon die heeft deelgenomen aan bepaalde voorbereidende werkzaamheden, bij het formuleren van zijn offerte bevoordeeld kan zijn wegens de informatie die hij bij het verrichten van de voorbereidende werkzaamheden over de overheidsopdracht heeft kunnen verkrijgen. Alle inschrijvers moeten bij het formuleren van hun offerte dezelfde kansen hebben. Volgens de Commissie is het dus voldoende dat zij heeft aangetoond dat het risico bestaat dat verzoekster een concurrentievoordeel geniet, zonder dat hoeft te worden aangetoond dat dit voordeel in casu concrete gevolgen heeft gehad.
- 67 Opgemerkt zij dat de gunning van overheidsopdrachten voor diensten door de Commissie wordt geregeld door de bepalingen van titel V van deel I van het financieel reglement.
- 68 De brief van 10 augustus 2012 vindt zijn rechtsgrondslag in artikel 94 van het financieel reglement, dat is overgenomen in punt 15 van het bestek. Het betrokken reglement is volgens de eigen bewoordingen ervan van toepassing op alle overheidsopdrachten die geheel of gedeeltelijk door de begroting van de Gemeenschappen – thans de Unie – worden gefinancierd.
- 69 Artikel 94 van het financieel reglement bepaalt het volgende:
- „Van gunning van een opdracht worden uitgesloten, gegadigden of inschrijvers die naar aanleiding van de aanbestedingsprocedure voor die opdracht:
- a) in een belangenconflict verkeren [...]”.
- 70 Punt 15 van het bestek, met als opschrift „Uitsluitingsgronden”, bepaalt:
- „De inschrijvers moeten samen met de offerte een in het standaardformulier vervatte ondertekende verklaring afgeven waaruit blijkt dat zij zich niet in een van de in punt 2.3.3 van de [praktische gids] genoemde uitsluitingsgevallen bevinden.”

71 Punt 2.3.3 van de praktische gids luidt als volgt:

„Van gunning van een opdracht worden uitgesloten, gegadigden, kandidaten of inschrijvers die naar aanleiding van de aanbestedingsprocedure voor die opdracht:

a) in een belangenconflict verkeren;

[...]

Voordat wordt voorgesteld (door het evaluatiecomité) en besloten (door de aanbestedende dienst) om een gegadigde/inschrijver/kandidaat uit te sluiten, moeten bepaalde beginselen zoals de rechten van de verdediging en het evenredigheidsbeginsel in acht worden genomen. Te dien einde zal de uitsluiting op een tegensprekelijke procedure met de betrokken gegadigde/inschrijver/kandidaat gebaseerd zijn, tenzij het bewijsmateriaal zo sterk is dat geen verdere vragen meer hoeven te worden gesteld (bijvoorbeeld, indien de gegadigde/inschrijver/aanvrager de feiten die leiden tot de uitsluiting, uitdrukkelijk erkent).”

72 Punt 2.3.6 van de praktische gids, dat wordt vermeld in de brief van 10 augustus 2012, verwijst naar het begrip belangenconflict, dat als volgt wordt omschreven:

„Belangenconflict: een belangenconflict doet zich voor wanneer de onpartijdige en objectieve uitoefening van de functies van de aanbestedende dienst of de gelijke behandeling van een gegadigde/inschrijver/kandidaat naar aanleiding van een gunningsprocedure of de uitvoering van een overeenkomst in gevaar wordt gebracht als gevolg van familiebanden, vriendschap, politieke gezindheid of nationaliteit, economische belangen of elke andere eventuele belangengemeenschap met de begunstigde van programma's die worden gefinancierd door de [Unie]. Een belangenconflict kan ontstaan wanneer bijvoorbeeld een individu dat aan de procedure deelneemt (evaluatiecomité, aanbestedende dienst, enzovoort) zichzelf of een ander ongerechtvaardigde directe of indirecte voordelen kan verlenen door de uitkomst van de procedure te beïnvloeden, of wanneer een deskundige/een vennootschap vertrouwelijke informatie kan bemachtigen die leidt tot oneerlijke mededinging tijdens latere procedures of tijdens procedures die samenhangen met de lopende procedure.

Bijvoorbeeld, elke vennootschap of elke deskundige die betrokken is bij de voorbereiding van een project (bijvoorbeeld, bij de vaststelling van de taakomschrijving) moet in het algemeen worden uitgesloten van deelneming aan aanbestedingen die daaruit voortvloeien, tenzij zij of hij ten aanzien van de aanbestedende dienst bewijst dat [haar of zijn] betrokkenheid in de fasen die aan de aanbesteding voorafgaan, geen oneerlijke mededinging oplevert.

De gegadigden/inschrijvers/kandidaten die in een belangenconflict verkeren in het kader van een gunningsprocedure/subsidieprocedure, moeten van deze procedure worden uitgesloten. De uitsluitingsgronden moeten geval per geval worden onderzocht. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie moet de uitsluiting van een inschrijver berusten op het bestaan van een reëel risico van een belangenconflict dat wordt gestaafd door de specifieke omstandigheden van de betrokken zaak. Een automatische uitsluiting ontnemt de gegadigde/inschrijver/kandidaat het recht om bewijzen aan te dragen die elk vermoeden van een belangenconflict kunnen wegnemen.

[...]”

73 In casu moet worden onderzocht of de aanbestedende dienst op basis van de elementen waarover hij beschikte op het ogenblik van de vaststelling van het in de brief van 10 augustus 2012 vervatte besluit, ervan uit kon gaan dat het risico bestond dat verzoekster in een belangenconflict verkeerde in de zin van artikel 94, onder a), van het financieel reglement, zoals uitgelegd door de rechtspraak.

- 74 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat op grond van artikel 94 van het financieel reglement een inschrijver slechts van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht kan worden uitgesloten wanneer het gaat om een reëel en geen hypothetisch belangenconflict. Dit betekent niet dat een risico van een belangenconflict niet volstaat om een offerte uit te sluiten. In de regel kan een belangenconflict immers pas bij de uitvoering van het contract concreet gestalte krijgen. Vóór de ondertekening van het contract kan een belangenconflict alleen potentieel bestaan en deze bepaling van het financieel reglement impliceert dus dat in termen van een risico wordt geredeneerd. Dat risico moet echter daadwerkelijk worden vastgesteld na een concrete beoordeling van de offerte en de situatie van de inschrijver om deze van de procedure te kunnen uitsluiten. De loutere mogelijkheid van een belangenconflict kan daartoe niet volstaan (arrest Deloitte Business Advisory/Commissie, punt 62 supra, EU:T:2007:107, punt 67).
- 75 Het begrip belangenconflict is objectief en bij de vaststelling ervan moeten de intenties van de betrokkenen, met name hun goede trouw, buiten beschouwing worden gelaten (zie arrest van 20 maart 2013, Nexans France/Gemeenschappelijke Onderneming Fusion for Energy, T-415/10, Jurispr., EU:T:2013:141, punt 115 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 76 Er bestaat geen absolute verplichting voor aanbestedende diensten om inschrijvers die in een belangenconflict verkeren, systematisch uit te sluiten, omdat een dergelijke uitsluiting niet gerechtvaardigd is in gevallen waarin kan worden aangetoond dat die situatie geen gevolgen heeft gehad voor hun handelwijze in het kader van de aanbestedingsprocedure en geen reëel gevaar oplevert voor praktijken die de mededinging tussen de inschrijvers kunnen vervalsen. Daarentegen is de uitsluiting van een inschrijver die in een belangenconflict verkeert noodzakelijk wanneer er geen adequater middel bestaat om schending van de beginselen van gelijke behandeling van de inschrijvers en van transparantie te voorkomen (arrest Nexans France/Gemeenschappelijke Onderneming Fusion for Energy, punt 75 supra, EU:T:2013:141, punten 116 en 117).
- 77 Volgens vaste rechtspraak is de aanbestedende dienst namelijk gehouden om in elke fase van de aanbestedingsprocedure het beginsel van de gelijke behandeling en bijgevolg de gelijke kansen van alle inschrijvers te eerbiedigen (zie arrest van 12 juli 2007, Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-250/05, EU:T:2007:225, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 78 Meer bepaald vereist het beginsel van gelijke kansen volgens de rechtspraak dat alle inschrijvers bij de formulering van hun offertes dezelfde kansen krijgen, en impliceert het dus dat voor de offertes van al deze inschrijvers dezelfde voorwaarden moeten gelden. Het transparantiebeginsel, dat er het logische voortvloeisel van vormt, heeft in essentie tot doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur van de zijde van de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de aankondiging van opdracht of in het bestek moeten worden geformuleerd (arrest van 9 september 2009, Brink's Security Luxembourg/Commissie, T-437/05, Jurispr., EU:T:2009:318, punten 114 en 115). Het transparantiebeginsel vereist bovendien dat alle technische informatie die relevant is voor een goed begrip van de aankondiging van opdracht of van het bestek zo snel mogelijk ter beschikking wordt gesteld van alle aan een openbare aanbesteding deelnemende ondernemingen, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier kunnen 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 (zie arrest van 29 januari 2014, European Dynamics Belgium e.a./EMA, T-158/12, EU:T:2014:36, punt 60 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 79 Uit de hierboven in de punten 74 tot en met 78 aangehaalde rechtspraak blijkt dat de offerte en de situatie van de betrokken inschrijver concreet moeten worden beoordeeld om in termen van een risico van een belangenconflict te kunnen redeneren, en dat de uitsluiting van deze inschrijver een middel is ter verzekering van de eerbiediging van het transparantiebeginsel en van het beginsel van gelijke kansen van de inschrijvers.
- 80 Om vast te stellen of artikel 94 van het financieel reglement in casu is geschonden, moet dus in het kader van een objectieve analyse waarbij de intenties van verzoekster buiten beschouwing worden gelaten, worden onderzocht of uit de situatie van deze laatste en een concrete beoordeling van haar offerte blijkt dat er een risico van een belangenconflict bestaat.
- 81 In de eerste plaats zij eraan herinnerd dat de uitsluiting van verzoekster wegens een belangenconflict volgens de Commissie tot doel heeft de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers te waarborgen. Dienaangaande stelt zij dat verzoekster vóór de anderen toegang heeft gehad tot bepaalde documenten die als basis zijn gebruikt voor een deel van de activiteiten die verband hielden met de betrokken ontwerp-aanbesteding, omdat zij deel uitmaakte van het consortium dat de betrokken documenten heeft opgesteld in het kader van een andere aanbestedingsprocedure. Uit de brief van 10 augustus 2012 blijkt dat verzoekster dankzij deze toegang kon beschikken over „vertrouwelijke informatie” in de zin van punt 2.3.6 van de praktische gids. De Commissie is dus overeenkomstig de inhoud van de betrokken brief van mening dat dit feit, dat verzoekster vóór de andere inschrijvers toegang heeft gekregen tot deze informatie, haar een concurrentievoordeel ten opzichte van hen had opgeleverd.
- 82 Het risico van een belangenconflict mag echter niet worden gebaseerd op het loutere feit dat verzoekster vóór de andere inschrijvers toegang heeft gehad tot documenten die specifiek verband hielden met een andere aanbestedingsprocedure, omdat zij behoorde tot het consortium dat deze documenten heeft opgesteld, die vervolgens zijn gekozen om te worden gebruikt als referentie voor activiteiten die verband houden met de aanbesteding die in casu aan de orde is.
- 83 Het argument van de Commissie dat verzoekster als lid van het consortium dat de betrokken documenten heeft opgesteld, de formulering ervan mogelijkzodanig heeft beïnvloed dat dit haar een concurrentievoordeel opleverde voor de aanbesteding die in casu aan de orde is, kan immers niet worden aanvaard. Dienaangaande blijkt duidelijk uit de hierboven in de punten 74 en 75 aangehaalde rechtspraak dat het belangenconflict objectief van aard moet zijn, zodat de intenties van de belanghebbende buiten beschouwing moeten worden gelaten en de loutere mogelijkheid van een belangenconflict niet kan volstaan, aangezien dit risico in casu daadwerkelijk moet worden vastgesteld. Het risico van een belangenconflict kan dus niet worden gebaseerd op het loutere vermoeden dat verzoekster ten tijde van de opstelling van de betrokken documenten in het kader van een andere aanbestedingsprocedure wist dat de aanbestedende dienst de intentie had om een nieuwe aanbesteding uit te schrijven en om de documenten die waren opgesteld door het consortium waarvan zij deel uitmaakte te kiezen als basis voor bepaalde activiteiten die werden bestreken door de overheidsopdracht waarop de nieuwe aanbesteding betrekking had.
- 84 Een belangenconflict in de zin van de hierboven in punt 66 genoemde rechtspraak en punt 2.3.6 van de praktische gids doet zich voor wanneer een persoon die belast is met de voorbereidende werkzaamheden in het kader van een openbare aanbesteding, aan diezelfde aanbesteding deelneemt. Dienaangaande zij opgemerkt dat het Hof met de uitdrukking „voorbereidende werkzaamheden” in punt 29 van het hierboven in punt 63 aangehaalde arrest Fabricom (EU:C:2005:127) verwees naar werkzaamheden in het kader van één en dezelfde aanbestedingsprocedure.
- 85 De Commissie kon dus de opstelling van documenten in het kader van een andere aanbestedingsprocedure niet gelijkschakelen met het geval waarin voorbereidende werkzaamheden plaatsvinden in het kader van de aanbestedingsprocedure die in casu aan de orde is in de zin van de hierboven in punt 63 genoemde rechtspraak, tenzij zij objectief en concreet aantoonde dat deze

documenten waren voorbereid met het oog op deze aanbestedingsprocedure, en dat zij verzoekster een reëel voordeel hadden opgeleverd. Zonder een dergelijk bewijs kunnen de documenten die in het kader van een andere aanbestedingsprocedure zijn opgesteld en nadien door de aanbestedende dienst zijn gekozen als referentie voor een deel van de activiteiten in het kader van een daarvan verschillende aanbestedingsprocedure dus niet worden beschouwd als „voorbereidende werkzaamheden” in de zin van bovengenoemde rechtspraak en van punt 2.3.6 van de praktische gids, dat met name als voorbereidende werkzaamheden aanmerkt die welke betrekking hebben op de „voorbereiding van het project”, zoals de opstelling van het bestek.

- 86 In casu moet worden vastgesteld dat de uitsluiting van verzoekster van de gunning van de opdracht louter is gebaseerd op het feit dat zij deel uitmaakte van een consortium dat documenten heeft opgesteld in het kader van een eerdere aanbestedingsprocedure, terwijl niet is gesteld dat de andere inschrijvers niet tijdig toegang tot diezelfde documenten hebben gekregen. Bovendien impliceert de opstelling van die documenten niet dat verzoekster betrokken was bij de opstelling van het bestek voor de aanbesteding die in casu aan de orde is. Bijgevolg is niet aangetoond dat verzoekster over meer informatie beschikte dan de andere inschrijvers, wat een schending van het gelijkheids- en het transparantiebeginsel zou hebben gevormd.
- 87 Hieruit volgt dat de betrokken documenten geen „vertrouwelijke informatie” in de zin van punt 2.3.6 van de praktische gids vormen. Anders dan de Commissie stelt, vindt de uitsluiting van verzoekster dus geen steun in dat punt van de praktische gids en is zij dus niet gerechtvaardigd door een aantasting van het gelijkheids- en het transparantiebeginsel.
- 88 Voorts komt de kwalificatie van in het kader van een andere aanbestedingsprocedure opgestelde documenten als „voorbereidende werkzaamheden” op grond van de overweging dat de aanbestedende dienst deze heeft gebruikt als referentie voor activiteiten die verband houden met een latere aanbestedingsprocedure, zoals verzoekster terecht stelt, erop neer dat automatisch wordt aangenomen dat de ervaring die is verworven door deelneming aan een eerdere aanbestedingsprocedure, de mededinging kan vervalsen.
- 89 In de tweede plaats blijkt niet dat het in de brief van 10 augustus 2012 vervatte besluit is vastgesteld na een concrete beoordeling van de offerte van verzoekster. In die brief wordt immers slechts zonder nadere precisering aangegeven dat het risico dat verzoekster in een belangenconflict verkeerde, zoals bedoeld in punt 2.3.6 van de praktische gids, slechts naar behoren kon worden vastgesteld nadat de inschrijvingen geval per geval waren onderzocht.
- 90 Met de verwijzing in de brief van 10 augustus 2012 naar een onderzoek „geval per geval” wordt daadwerkelijk de formulering van punt 2.3.6 van de praktische gids overgenomen, dat is gebaseerd op de hierboven in punt 74 genoemde rechtspraak. Deze verwijzing vindt echter geen steun in enig bewijs waaruit blijkt dat een dergelijk concreet onderzoek heeft plaatsgevonden.
- 91 Dienaangaande zij opgemerkt dat de Commissie voor het eerst in het verweerschrift de hypothese heeft aangevoerd dat verzoekster door haar vermeende „geprivilegieerde toegang” tot bepaalde documenten die waren gekozen om als basis te dienen voor een belangrijk deel van de activiteiten die door de lopende aanbesteding werden bestreken, een concurrentievoordeel had kunnen genieten bij de keuze van gekwalificeerde deskundigen voor de uitvoering van deze activiteiten, zonder dat dit in de brief van 10 augustus 2012 is vermeld.
- 92 De Commissie verstrekt echter geen enkel bewijs op basis waarvan kan worden nagegaan of uit de formulering van de offerte van verzoekster blijkt dat zij over meer informatie beschikte dan de andere inschrijvers, aangezien, zoals hierboven in punt 86 is gepreciseerd, vaststaat dat de betrokken documenten zijn opgesteld in het kader van een andere aanbestedingsprocedure, dat zij niet

impliceren dat verzoekster het bestek heeft opgesteld in het kader van de aanbesteding die in casu aan de orde is, en dat zij ter beschikking zijn gesteld van alle inschrijvers in het kader van de onderhavige aanbestedingsprocedure.

- 93 Voorts dient met betrekking tot het argument van de Commissie betreffende de keuze van de gekwalificeerde deskundigen te worden vastgesteld dat de stukken geen bewijs bevatten dat er een verband is tussen de betrokken documenten en deze keuze van verzoekster, laat staan dat deze keuze een invloed heeft gehad op de slaagkansen van de offerte van verzoekster.
- 94 Uit een en ander volgt dat de aanbestedende dienst zich niet op het standpunt kon stellen dat na een concrete beoordeling van verzoeksters offerte was aangetoond dat het risico bestond dat zij in een belangenconflict verkeerde. Daarentegen moet worden vastgesteld dat het risico van een belangenconflict niet objectief is vastgesteld en dat de afwijzing van de offerte van het consortium waarvan verzoekster deel uitmaakte, ongerechtvaardigd is en in strijd is met artikel 94 van het financieel reglement.
- 95 Bijgevolg moet het tweede middel worden aanvaard en moet het in de brief van 10 augustus 2012 vervatte besluit nietig worden verklaard, voor zover daarbij is vastgesteld dat de opdracht niet kon worden gegund aan het consortium waarvan verzoekster deel uitmaakte, zonder dat het eerste middel of de eerste grief van het tweede middel van verzoekster hoeven te worden onderzocht. Daarentegen moet het verzoek tot nietigverklaring van het vermeende stilzwijgende besluit tot afwijzing van de klacht van verzoekster, zoals blijkt uit punt 59 hierboven, niet-ontvankelijk worden verklaard.

## Kosten

- 96 Volgens artikel 134, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten voor zover dat is gevorderd. Aangezien de Commissie op de meeste punten in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van verzoekster te worden verwezen in haar eigen kosten en in die welke verzoekster heeft gemaakt in het kader van de onderhavige procedure en van de door haar ingeleide kortgedingprocedure.

HET GERECHT (Tweede kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Het besluit tot afwijzing van de offerte van het consortium waarvan Intrasoft International SA deel uitmaakte, vervat in de brief van 10 augustus 2012 die is opgesteld door de delegatie van de Europese Unie in de Republiek Servië als gesubdelegeerde aanbestedende dienst van de Europese Commissie en die betrekking heeft op de aanbestedingsprocedure EuropeAid/131367/C/SER/RS, met als opschrift „Technische bijstand aan de douanediens van Servië ter ondersteuning van de modernisering van het douanesysteem”, wordt nietig verklaard.**
- 2) **Het beroep wordt verworpen voor het overige.**
- 3) **De Commissie wordt verwezen in de kosten, met inbegrip van de kosten van het kort geding.**

Martins Ribeiro

Gervasoni

Madise

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 13 oktober 2015.

ondertekeningen