

BESCHIKKING VAN DE PRESIDENT VAN HET GERECHT

10 november 2004 *

In zaak T-303/04 R,

European Dynamics SA, gevestigd te Athene (Griekenland), vertegenwoordigd door S. Pappas, advocaat,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door L. Parpala en E. Manhaeve als gemachtigden, bijgestaan door J. Stuyck, advocaat, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

betreffende een verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van enerzijds het besluit van de Commissie van 4 juni 2004 [DIGIT/R2/CTR/mas D (2004) 324] om de offerte die door de groep waarvan verzoekster deel uitmaakt, was gedaan naar aanleiding van de oproep tot inschrijving voor het verrichten van informaticadiensten, slechts op de tweede plaats te zetten, en anderzijds het besluit van de Commissie van 14 juli 2004 [DG DIGIT/R2/CTR/mas D (2004) 811] tot afwijzing van verzoeksters bezwaren van 21 juni, 1, 5 en 8 juli 2004 tegen de gunning van de opdracht aan een andere groep,

* Procestaal: Engels.

geeft

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG

de navolgende

Beschikking

Feiten

- 1 European Dynamics SA is actief op het gebied van de informatie- en communicatietechnologie. Tot haar cliënten behoren onder meer de gemeenschapsinstellingen.
- 2 Na de inschrijvingsoproep ADMIN/DI/0005 ESP (External Service Providers) van 16 maart 2001 heeft de Commissie verscheidene raamovereenkomsten voor het verrichten van externe diensten in verband met informatiesystemen gesloten, waarbij zij het gunningstelsel heeft toegepast dat geldt ingeval een opdracht aan verscheidene inschrijvers wordt gegund (hierna: „rangorde”) en dat is neergelegd in artikel 1.4 van haar op 11 juni 1998 gepubliceerde Algemene voorwaarden voor informaticacontracten. De totale opdracht was verdeeld in negen percelen, waaronder perceel 4, dat betrekking had op externe diensten in verband met datamanagementtoepassingen en informatiesystemen (hierna: „perceel ESP 4”), en perceel 5, dat betrekking had op externe diensten in verband met internet- en intranettoepassingen (hierna: „perceel ESP 5”).

- 3 Op 5 november 2001 heeft de Commissie onder referentie DI-02432-00 een raamovereenkomst gesloten met de contractant die in de rangorde voor perceel ESP 5 als eerste was geplaatst, namelijk een combinatie, bestaand uit European Dynamics, IRIS SA, Datacep SA, Primesphere SA en Reggiani SpA (hierna: „combinatie ESP 5”).
- 4 Op 16 oktober 2001 heeft de Commissie onder referentie DI-02432-00 een raamovereenkomst gesloten met de contractant die in de rangorde voor perceel ESP 4 als eerste was geplaatst, namelijk een combinatie, bestaand uit Trasys SA en Cronos Luxembourg SA — thans Sword Technologies SA (hierna: „combinatie ESP 4”).
- 5 Op 23 november 2001 publiceerde de Commissie de begrotingsmaxima ten bedrage van 42 885 318 EUR en 34 656 804 EUR voor de percelen ESP 4 en ESP 5 voor de duur van de overeenkomsten, namelijk tot oktober 2006, op basis van ramingen van de te voorziene kosten.
- 6 Daar een veel groter gebruik van de contracten voor perceel ESP 4 dan voorzien was gemaakt — blijkens het dossier waren eind maart 2003, d.w.z. na minder dan een derde van de voor perceel ESP 4 voorziene maximumduur van de overeenkomst, reeds meer dan drie vierde van de voorziene middelen besteed — besloot de Commissie de begrotingsmaxima voor perceel ESP 4 te verhogen en voor de periode tot oktober 2006 een nieuwe aanbesteding voor te bereiden voor diensten van dezelfde soort als waarop perceel ESP 4 betrekking hadden.
- 7 De Commissie verhoogde bij besluit van 28 april 2003 het begrotingsmaximum voor perceel ESP 4 met 20 miljoen EUR, en op 10 mei 2003 werd in het Publicatieblad van de Europese Unie onder referentie ADMIN/PN/2003/105 een gunningsbericht gepubliceerd.

- 8 Bij brief van 23 mei 2003 deelde combinatie ESP 5 de directeur van het directoraat-generaal Informatica (DG) haar bezorgdheid mee over de verhoging van de begrotingsmaxima voor perceel ESP 4, en stelde dat de Commissie een groter gebruik had moeten maken van perceel ESP 5, dat minder dan oorspronkelijk voorzien was gebruikt.
- 9 De brief van 23 mei 2003 werd blijkens het dossier gevolgd door een correspondentie tussen de Commissie en combinatie ESP 5, in het bijzonder een brief van de Commissie van 4 juli 2003 waarin de uitvoering van de percelen ESP 4 en ESP 5 werd toegelicht, door bijeenkomsten van partijen en door een door de Commissie op 6 november 2003 georganiseerde werkvergadering waarop de combinatie ESP 5 de mogelijkheden van de diensten van perceel ESP 5 aan het directoraat-generaal van de Commissie heeft kunnen uitleggen.
- 10 Op 27 december 2003 heeft de Commissie onder referentie ADMIN/DI2/PO/2003/192 ESP-DIMA een inschrijvingsoproep gepubliceerd voor het „on- en offsite verlenen van IT-diensten voor data-/informatiemanagementsystemen bij de Europese Commissie, met inbegrip van de ontwikkeling, het onderhoud en andere aanverwante activiteiten” (hierna: „inschrijvingsoproep ESP-DIMA”).
- 11 Bij brief van 19 januari 2004 eiste de juridisch adviseur van combinatie ESP 5 van de Commissie de inschrijvingsoproep ESP-DIMA in te trekken en stelde dat de Commissie in plaats van een nieuw contract te sluiten ter vervanging van perceel ESP 4, perceel ESP 5 moest gebruiken.
- 12 Het DG informatica heeft dit verzoek afgewezen bij brief van 30 januari 2004 waarin het verklaarde dat het gebruik van perceel ESP 5 in plaats van perceel ESP 4 of opdracht ESP-DIMA niet mogelijk was, omdat perceel ESP 5 enerzijds en perceel ESP 4 en opdracht ESP-DIMA anderzijds verschillende doelen hadden, namelijk enerzijds internet- en intranettoepassingen, anderzijds softwareprogramma's en informatiesystemen.

- 13 Op 20 februari 2004 hebben de vennootschappen European Dynamics, IRIS, Datacep en Reggiani (dat wil zeggen de ondernemingen van de combinatie ESP 5, met uitzondering van de vennootschap Primesphere; hierna: „combinatie ED”) een gezamenlijke offerte ingediend op de inschrijvingsoproep ESP-DIMA.
- 14 Op 2 juni 2004 heeft de Commissie de opdracht ESP-DIMA gegund. De als eerste in de rangorde geplaatste inschrijver was een combinatie, bestaand uit de vennootschappen Trasys, Sword Technologies, Intrasoft International SA en TXT SpA (dat wil zeggen de combinatie ESP 4 met twee extra deelnemers; hierna: „combinatie ESP-DIMA”). De combinatie ED is als tweede contractant in de rangorde geplaatst, gevolgd door andere inschrijvers die op de derde en de vierde plaats in de rangorde kwamen.
- 15 Deze resultaten zijn bij brief van 4 juni 2004 (hierna: „gunningsbesluit”) aan alle inschrijvers, waaronder de combinatie ED, meegedeeld.
- 16 Bij faxbericht van 8 juni 2004 heeft European Dynamics gevraagd om nadere inlichtingen over het gunningsbesluit. De Commissie heeft geantwoord bij brief van 9 juni 2004, waarin zij nauwkeurigere gegevens verstrekke over de resultaten van de technische beoordeling van elk van de relevante criteria.
- 17 Bij brief van 21 juni 2004 verzocht European Dynamics het DG-informatica om een kopie van het rapport over de beoordeling van alle offertes die op de inschrijvingsoproep ESP-DIMA waren ingediend, in het bijzonder de stukken betreffende haar combinatie en die van de combinatie waarvan de offerte was gekozen, alsook de naam van de voor de beoordeling verantwoordelijke personen.

- 18 Op 29 juni 2004 kwamen European Dynamics en de DG informatica bijeen; partijen bespraken de beoordeling van de offertes en de bezorgdheid van European Dynamics over de uitvoering van perceel ESP 4 vergeleken met perceel ESP 5. Op 6 juli 2004 zond de Commissie European Dynamics een verslag van deze bijeenkomst en bevestigde dezelfde dag dat sinds de gunning van de opdracht ESP-DIMA nog geen contract was gesloten.
- 19 Na deze bijeenkomst zond European Dynamics de Commissie verschillende brieven, met name op 1, 5 en 8 juli 2004, waarin zij de rechtmatigheid van de inschrijvingsoproep ESP-DIMA en van het gunningsbesluit betwistte. Met name, aldus European Dynamics, was er geen reden voor de plaatsing van de opdracht ESP-DIMA aangezien perceel ESP 5 had moeten worden gebruikt in plaats van perceel ESP 4. Voorts was er bij een lid van het beoordelingscomité sprake van een belangenconflict, was de voor de technische beoordeling gehanteerde beoordelings-schaal ongeschikt en was de gekozen offerte kwalitatief slechter en bood een zeer beperkt gegevensverwerkingssysteem. European Dynamics verzocht in deze brieven om een kopie van het evaluatierapport alsook om de namen van de leden van het beoordelingscomité. Bovendien verzocht zij de ondertekening van het contracten uit te stellen totdat alle opgeworpen punten bevredigend waren beantwoord.
- 20 Bij brief van 14 juli 2004 (hierna: „motiveringsbrief”) antwoordde de Commissie op de door European Dynamics in voormelde brieven opgeworpen punten en weigerde zij de onderneming een kopie van het evaluatierapport te sturen omdat dit vertrouwelijke bedrijfsgegevens over andere inschrijvers bevatte. Met betrekking tot de twijfel aan de noodzakelijkheid van de inschrijvingsoproep ESP-DIMA en het voorstel om voor de diensten van perceel ESP 4 perceel ESP 5 te gebruiken wees de Commissie erop dat het DG-informatica in voormelde brief van 30 januari 2004 had opgemerkt dat het niet mogelijk was om van het ene perceel naar het andere over te gaan alleen omdat het begrotingsmaximum voor een van de twee nog niet was bereikt, daar de twee percelen afzonderlijke opdrachten betroffen die aanzienlijk van elkaar verschilden. Een inschrijvingsoproep publiceren voor het perceel waarvoor

het begrotingsmaximum niet meer kon worden verhoogd, was dus het enige geschikte middel en in overeenstemming met verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 van de Raad van 25 juni 2002 houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van Europese Gemeenschappen (PB L 248, blz. 1; hierna: „financieel reglement”).

- 21 Op 15 juli 2004 heeft de Commissie de overeenkomsten die voortvloeiden uit het gunningsbesluit, gelijktijdig aan de vier geselecteerde combinaties gestuurd, waaronder de combinatie ED als tweede contractant (raamovereenkomst DIGIT-04551-00), waarbij zij aangaf dat de overeenkomsten vóór 30 juli 2004 ondertekend aan haar moesten worden teruggezonden.
- 22 Op 27 juli 2004 kwamen de vertegenwoordigers van de combinatie ED en DG Informatica bijeen; laatstgenoemden bevestigden het standpunt van de Commissie om niet in te gaan op het voorstel van European Dynamics om deze toe te staan een actieve rol te spelen bij het toezicht op de verdeling van de projecten tussen perceel ESP 4 en perceel ESP 5.
- 23 Op 28 juli 2004 verzocht de combinatie ED de Commissie de sluiting van de uit de inschrijvingsoproep ESP-DIMA voortvloeiende contracten met een maand uit te stellen omdat de leden van de combinatie meer tijd nodig hadden voor een aantal administratieve stappen. De Commissie antwoordde onmiddellijk dat die administratieve stappen na de ondertekening van de contracten konden worden gezet en dat uitstel niet nodig was. Het ondertekende contract van de combinatie ED ontving zij op 30 juli 2004. Enkele ontbrekende volmachten zijn op 4 augustus 2004 nagezonden.
- 24 Op 4 augustus 2004 was de Commissie dus in het bezit van de door alle contractanten ondertekende originelen van de contracten betreffende de opdracht ESP-DIMA.

Procesverloop en conclusies van partijen

- 25 Bij op 29 juli 2004 ter griffie van het Gerecht ingeschreven verzoekschrift heeft verzoekster krachtens artikel 230, vierde alinea, EG beroep ingesteld tot nietigverklaring van, ten eerste, de aanbestedingsprocedure ESP-DIMA, dat wil zeggen de aankondiging van opdracht 2003/S249-221337 ESP-DIMA en de inschrijvingsoproep ESP-DIMA, en, ten tweede, de besluiten van de Commissie over de rangorde van de offertes, dat wil zeggen het gunningsbesluit en de motiveringsbrief.
- 26 Bij op dezelfde dag ter griffie van het Gerecht ingeschreven afzonderlijke akte heeft verzoekster het Gerecht krachtens artikel 76 bis van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht verzocht volgens een versnelde procedure uitspraak te doen.
- 27 Bij op dezelfde dag ter griffie van het Gerecht ingeschreven afzonderlijke akte heeft verzoekster het onderhavige verzoek in kort geding tot opschorting van de tenuitvoerlegging van het gunningsbesluit alsook van de motiveringsbrief ingediend om te voorkomen dat de overeenkomst met de combinatie ESP-DIMA zou worden gesloten voordat het Gerecht in de hoofdzaak zou hebben beslist. Bovendien verzoekt zij de Commissie te verwijzen in de kosten van het geding.
- 28 Op 4 augustus 2004 is een afschrift van het verzoekschrift in kort geding aan de Commissie betekend overeenkomstig artikel 105, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering en is haar een termijn tot 19 augustus 2004 gesteld voor de indiening van opmerkingen.
- 29 In verband met de door verzoekster in kort geding gevorderde opschorting van de tenuitvoerlegging van het gunningsbesluit heeft de aanbestedende dienst op 4 augustus 2004 besloten de ondertekening van de vier contracten voor de opdracht ESP-DIMA uit te stellen.

- 30 Op 12 augustus 2004 heeft de Commissie verzocht de termijn voor de indiening van opmerkingen te verlengen tot 26 augustus 2004. Dit verzoek is bij beschikking van 16 augustus 2004 toegewezen.
- 31 Op 26 augustus 2004 heeft de Commissie haar opmerkingen over het verzoek in kort geding ingediend; zij concludeert tot niet-ontvankelijk-, subsidiair ongegrond-verklaring ervan.
- 32 Op 31 augustus 2004 heeft de griffie van het Gerecht de opmerkingen van de Commissie doorgezonden aan verzoekster.
- 33 Op 8 september 2004 heeft verzoekster verzocht opmerkingen over de opmerkingen van de Commissie te mogen indienen.
- 34 Bij beschikking van 14 september 2004 heeft de president van het Gerecht dit verzoek toegewezen en verzoekster een termijn tot 24 september 2004 gesteld voor de indiening van opmerkingen over de opmerkingen van de Commissie.
- 35 Op 23 september 2004 heeft verzoekster haar opmerkingen over de opmerkingen van de Commissie ingediend, met een groot aantal bijlagen. In haar opmerkingen heeft verzoekster ook verzocht de Commissie te gelasten bepaalde documenten over te leggen, namelijk de offerteaanvragen (Requests for Quotation) en de statistiek over de uitvoering van perceel ESP 4 (hierna: „betrokken documenten”).

- 36 Op 29 september 2004 heeft de president van het Gerecht de Commissie een termijn tot 8 oktober 2004 gesteld voor de indiening van opmerkingen over verzoeksters opmerkingen.
- 37 Op 6 oktober 2004 heeft de Commissie verzocht de termijn voor de indiening van opmerkingen te verlengen tot 15 oktober 2004. Dit verzoek is dezelfde dag door de president van het Gerecht toegewezen.
- 38 Op 15 oktober 2004 heeft de Commissie haar opmerkingen over verzoeksters opmerkingen ingediend.
- 39 Op 2 november 2004 heeft verzoekster in een brief aan de griffie van het Gerecht een aantal aanvullende opmerkingen over de opmerkingen van de Commissie van 15 oktober 2004 gemaakt en de president van het Gerecht verzocht daarmee bij zijn beoordeling rekening te houden. Deze brief is overeenkomstig artikel 105, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering betekend aan de Commissie.

In rechte

Het verzoek om voorlopige maatregelen

- 40 Krachtens de artikelen 242 EG en 243 EG juncto artikel 225, lid 1, EG kan het Gerecht opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden handeling of de nodige voorlopige maatregelen gelasten, indien het van oordeel is dat de omstandigheden zulks vereisen.

- 41 Volgens artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moeten verzoeken om voorlopige maatregelen een duidelijke omschrijving bevatten van het voorwerp van het geschil en van de omstandigheden waaruit het spoedeisend karakter van het verzoek blijkt, alsmede van de middelen, feitelijke en rechtens, op grond waarvan de voorlopige maatregelen waartoe wordt geconcludeerd, aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomen (*fumus boni juris*). Deze voorwaarden zijn cumulatief, zodat het verzoek om voorlopige maatregelen moet worden afgewezen wanneer aan één van deze voorwaarden 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]. In voorkomend geval gaat de kortgedingrechter voorts over tot afweging van de betrokken belangen (beschikking president Hof van 29 juni 1999, Italië/Commissie, C-107/99 R, Jurispr. blz. I-4011, punt 59).
- 42 De gevraagde maatregelen moeten bovendien voorlopig zijn in die zin, dat zij niet prejudiciëren op de feitelijke of juridische geschilpunten en de werking van de later in de hoofdzaak te nemen beslissing niet bij voorbaat ongedaan maken [beschikking president Hof van 19 juli 1995, Commissie/Atlantic Container Line e.a., C-149/95 P(R), Jurispr. blz. I-2165, punt 22].
- 43 In het kader van dit algemene onderzoek beschikt de kortgedingrechter over een ruime beoordelingsbevoegdheid en kan hij, met inachtneming van de bijzonderheden van de zaak, vrij bepalen hoe en in welke volgorde deze verschillende voorwaarden worden onderzocht, aangezien geen enkele regel van gemeenschapsrecht hem een vooraf vastgesteld onderzoeksschema voor de beoordeling van de noodzaak van voorlopige maatregelen voorschrijft (beschikking Commissie/Atlantic Container Line e.a., reeds aangehaald, punt 23).
- 44 De kortgedingrechter acht zich door de stukken in het dossier voldoende ingelicht om op het verzoek om voorlopige maatregelen te kunnen beslissen zonder partijen vooraf in hun mondelinge verklaringen te horen.

Argumenten van partijen

— De ontvankelijkheid

45 Verzoekster stelt belang te hebben bij de instelling van beroep tegen de handelingen waarvan zij om opschorting verzoekt, en dit beroep binnen de termijnen te hebben ingesteld, zodat haar verzoek ontvankelijk is.

46 De Commissie acht het verzoek nutteloos omdat verzoekster niet verzocht om opschorting van het besluit om opdracht ESP-DIMA uit te schrijven, maar van de gunningsbesluiten. De gevraagde voorlopige maatregelen kunnen dus, anders dan verzoekster beoogt, niet de opschorting van de aanbesteding van opdracht ESP-DIMA tot gevolg hebben. Bovendien, aldus de Commissie, is het verzoek niet-ontvankelijk omdat het beroep in de hoofdzaak niet-ontvankelijk is. Verzoekster heeft namelijk niet aangetoond rechtstreeks door de bestreden maatregelen te worden geraakt, en hoe dan ook geen persoonlijk procesbelang aangetoond want de maatregelen betreffen de combinatie ED en niet verzoekster individueel.

— De fumus boni juris

47 Onder verwijzing naar haar beroep in de hoofdzaak stelt verzoekster dat de opdracht ESP-DIMA wegens onjuiste feitelijke beoordelingen, verzuim van wezenlijke vormvereisten en gebrekkige motivering nietig moet worden verklaard. Blijkens het feitenrelaas in het verzoekschrift acht verzoekster de inschrijvingsoproep ESP-DIMA niet noodzakelijk aangezien de Commissie perceel ESP 5 kon gebruiken in plaats van perceel ESP 4 te vervangen door opdracht ESP-DIMA. Ook acht verzoekster de gunning van opdracht ESP-DIMA onrechtmatig, omdat er althans bij

een lid van het beoordelingscomité een ernstig belangenconflict was, de Commissie de verschillende inschrijvers niet volgens dezelfde maatstaf heeft beoordeeld, de gekozen offerte slechts in een gegevensverwerkingssysteem van zeer beperkte waarde en van beperkte omvang voorzag en ten slotte de Commissie in strijd met de vereisten van het financieel reglement haar geen afschrift van het evaluatierapport heeft bezorgd.

- 48 Volgens de Commissie heeft verzoekster geen middelen, feitelijke en rechtens, aangevoerd op grond waarvan de gevraagde voorlopige maatregel aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomt, en vermeldt zij slechts zijdelings de redenen waarop het beroep in de hoofdzaak is gebaseerd. Zoals duidelijk blijkt uit de motiveringsbrief van 14 juli 2004, zijn verzoeksters beweringen ongegrond, niet bewezen en behoeven zij in het onderhavige verzoek in kort geding zelfs niet te worden onderzocht.

— De spoedeisendheid

- 49 Volgens verzoekster is voldaan aan de voorwaarde van spoedeisendheid. Zij kan niet op de uitkomst van de procedure in de hoofdzaak wachten zonder ernstige en onherstelbare schade te lijden. Die schade is financieel zo buitengewoon zwaar dat verzoekster niet meer zal kunnen overleven op de markt; zij zal een aanzienlijk gedeelte van haar activiteiten verliezen, waardoor de helft van haar personeel zal moeten worden ontslagen, en haar reputatie zal bijzonder zwaar worden aangetast.
- 50 De financiële schade wordt veroorzaakt doordat ten onrechte perceel ESP 4 in plaats van perceel ESP 5 wordt uitgevoerd en perceel ESP 4 gecontinueerd door de opdracht ESP-DIMA, die aan een andere inschrijver is gegund. Volgens verzoekster luidt dit het einde van de uitvoering van perceel ESP 5 in, aangezien perceel ESP 4 wordt gecontinueerd door de opdracht ESP-DIMA en naar verwachting onmiddellijk na de ondertekening van het contract voor de opdracht ESP-DIMA een groot

aantal bestaande contracten voor verschillende jaren zal worden verlengd. Door de gunning van de opdracht ESP-DIMA aan een andere inschrijver en de voortzetting van de onregelmatige uitvoering van deze opdracht in plaats van perceel ESP 5 zal verzoekster de inkomsten mislopen die normaal aan de uitvoering van perceel ESP 5 — het grootste deel van haar activiteiten — verbonden zijn.

51 Dienaangaande wijst verzoekster erop dat zij een middelgrote onderneming met ongeveer 200 werknemers is, en een bepaald aantal projecten ontwikkelt, waaronder die in het kader van perceel ESP 5 veruit de belangrijkste zijn. Haar budget gaat voor het grootste deel naar perceel ESP 5, dat werk biedt aan de helft van haar werknemers die juist voor perceel ESP 5 in dienst zijn genomen. Ook de ondersteunende infrastructuur is gegroeid, die een systeem vormt dat voor zijn bestaan en voortbestaan in zijn geheel is aangewezen op perceel ESP 5 en is opgezet en ingevoerd voor de uitvoering van een opdracht van 35 miljoen EUR. Door de gunning van perceel ESP 5 moet verzoekster een dure infrastructuur onderhouden, werknemers vrijmaken voor dit project en voor deze werknemers voorzien in een structuur van voortgezette opleiding, dit in verband met de door de Commissie geregeld om de paar maanden doorgevoerde technologische wijzigingen. Verzoeksters activiteiten in verband met perceel ESP 5 vertegenwoordigen ongeveer 4 miljoen EUR per jaar en maken een belangrijk deel uit van haar totale activiteiten op het gebied van informaticadiensten. Verzoeksters inkomsten zijn gedaald van 16 miljoen EUR in 2001 naar 14 miljoen EUR in 2002 en 10 miljoen EUR in 2003, en in 2004 en 2005 dreigt juist door onvoldoende opdrachten in het kader van perceel ESP 5 een verdere daling tot 5 miljoen EUR. Een groot deel van haar werknemers heeft om die reden de onderneming al verlaten. Door een dergelijk verlies van werknemers zullen de verloren gegane marktaandelen volgens verzoekster niet meer zijn terug te winnen.

52 Volgens verzoekster zal een eventuele schrapping of vermindering van de opdrachten van perceel ESP 5 voor haar fataal zijn. De volledige, speciaal voor de uitvoering van perceel ESP 5 opgezette infrastructuur zal verdwijnen, met onherstelbare gevolgen voor haar, daar zij op de zeer beconcurrerde markt waarop zij actief is, onmogelijk zal kunnen overleven.

- 53 Wat de aantasting van haar reputatie betreft, stelt verzoekster dat deze situatie haar relaties met andere marktpartijen en andere klanten zal schaden, die er een bewijs in zullen zien van haar onvermogen om aan de verwachtingen van de Commissie te voldoen.
- 54 Ten slotte zijn de gevraagde voorlopige maatregelen volgens verzoekster noodzakelijk. Indien de handelingen waartegen het onderhavige verzoek in kort geding is gericht, vóór de nietigverklaring ervan ten uitvoer worden gelegd, zal de Commissie namelijk tot ondertekening van de desbetreffende contracten overgaan en is daarmee de weg vrij voor besteding van een groot deel van de resterende kredieten aan de opdracht ESP-DIMA. Volgens verzoekster wordt 120 miljoen EUR voor de opdracht ESP-DIMA uitgetrokken. Dat is de grootste investering van de Commissie op dit gebied en zal de Commissie definitief aan de combinatie ESP-DIMA binden.
- 55 Volgens de Commissie is de door verzoekster gestelde schade niet ernstig of onherstelbaar in de zin van de rechtspraak van het Gerecht.
- 56 Wat de gestelde financiële schade betreft, stelt de Commissie om te beginnen dat verzoeksters betoog aantoont dat er geen enkel causaal verband bestaat tussen de handeling waarvan de opschorting wordt aangevraagd (de gunning van de opdracht ESP-DIMA aan een andere inschrijver) en de schade die verzoekster stelt te zullen lijden, namelijk een daling van haar omzet uit het contract betreffende perceel ESP 5.
- 57 Dienaangaande betoogt de Commissie dat de gestelde schade hierop berust, dat de Commissie een intensiever gebruik had moeten maken van perceel ESP 5 en geen aanbesteding had moeten uitschrijven om de oude contracten van perceel ESP 4 door de opdracht ESP-DIMA te vervangen. Haars inziens gaat verzoekster evenwel uit van de volledig onjuiste veronderstelling dat de Commissie, wanneer zij de uit de inschrijvingsoproep ESP-DIMA voortvloeiende contracten niet kan ondertekenen,

perceel ESP 5 zal moeten gebruiken voor de diensten die vroeger onder perceel ESP 4 vielen, waardoor verzoeksters omzet zal stijgen. Volgens de Commissie is deze stelling volstrekt onjuist omdat de aanbestedende dienst hoe dan ook onderscheid zal blijven maken tussen de percelen ESP 4 en ESP 5, zoals hij dat sinds de sluiting van deze contracten heeft gedaan. Dat is ook in overeenstemming met de definitie van deze opdrachten in de desbetreffende aanbestedingsberichten.

58 Hoe dan ook is de schade die ontstaat indien geen voorlopige maatregelen worden gelast, volgens de Commissie niet ernstig of onherstelbaar. Financiële schade kan volgens vaste rechtspraak duidelijk worden hersteld aangezien zij later financieel kan worden vergoed. Verzoekster heeft geen buitengewone omstandigheden aangetoond waardoor deze schade als ernstig en onherstelbaar zou zijn te beschouwen. Verzoekster beperkt zich tot algemene beweringen en heeft niet aangetoond dat haar voortbestaan door het verlies van de betrokken markt wordt bedreigd of dat haar marktaandeel onomkeerbaar wordt gewijzigd.

59 Volgens de Commissie is het integendeel duidelijk dat verzoekster tot de uitspraak van het Gerecht in de hoofdzaak kan blijven voortbestaan. Dienaangaande verwijst zij onder meer naar twee bij haar opmerkingen van 15 oktober 2004 gevoegde rapporten van de kantoren EuroDB en Dun & Bradstreet van 22 maart 2004 respectievelijk 26 juli 2004, blijkens welke verzoeksters financiële situatie gezond is. In haar brief van 2 november 2004 stelt verzoekster dat deze rapporten achterhaald en onjuist zijn.

60 Met betrekking tot de door verzoekster gestelde immateriële schade, namelijk een bijzonder ernstige aantasting van haar reputatie door het verlies van de betrokken markt, meent de Commissie dat de deelneming aan een aanbesteding nu eenmaal

het risico inhoudt voor de inschrijvers, dat de opdracht hun niet wordt gegund. Deze situatie levert geen reputatieschade op, zoals het Gerecht in zijn rechtspraak reeds heeft vastgesteld.

- 61 Dat het contract met de gekozen inschrijver wordt gesloten en hem een groot deel van de uitgetrokken financiële middelen wordt toegekend vóór de uitspraak van het Gerecht, bewijst volgens vaste rechtspraak niet dat aan de voorwaarde van spoedeisendheid is voldaan. In geval van nietigverklaring kan de Commissie verzoekster in haar rechten herstellen.

— De belangenafweging

- 62 Ofschoon verzoekster in haar verzoekschrift niet uitdrukkelijk op de belangenafweging is ingegaan, wijst de Commissie erop dat de schaal te haren gunste doorslaat, daar de schade die verzoekster zou kunnen lijden ingeval geen voorlopige maatregelen worden gelast, niet groter is dan die welke de Commissie en de andere betrokken inschrijvers zouden kunnen lijden wanneer de maatregelen werden gelast. De andere inschrijvers mogen erop vertrouwen, dat de Commissie de gunning van de contracten voortzet. De voorlopige maatregelen zullen het sluiten van deze contracten verhinderen, zodat de informatica-activiteiten van de Commissie worden bemoeilijkt. Aangezien de offertes tot 19 november 2004 geldig zijn, zullen zij in geval van een opschorting hun geldigheid verliezen, zodat de maatregelen niet als voorlopig kunnen worden beschouwd. Verzoekster wijst deze twee laatste argumenten van de hand, stellende dat de Commissie andere mogelijkheden heeft om de betrokken contracten te vervangen, in het bijzonder zou zij om verlenging van de geldigheid van de offertes kunnen verzoeken of andere contracten kunnen gebruiken. Een dergelijke verlenging is volgens de Commissie weliswaar mogelijk, maar niet zeker en de andere mogelijkheden om de betrokken diensten te laten verrichten zijn minder bevredigend dan het sluiten van het contract ESP-DIMA.

Beoordeling door de kortgedingrechter

— Opmerkingen vooraf

63 Volgens vaste rechtspraak moeten ingevolge artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering de wezenlijke feiten en omstandigheden, zowel feitelijk als rechtens, waarop het verzoek berust, coherent en begrijpelijk uit de tekst van het verzoekschrift in kort geding blijken (beschikkingen president Gerecht van 25 juni 2003, Schmitt/AER, T-175/03 R, JurAmbt. blz. I-A-175 en II-883, punt 18; 15 januari 2001, Stauner e.a./Parlement en Commissie, T-236/00 R, Jurispr. blz. II-15, punt 34, en 7 mei 2002, Aden e.a./Raad en Commissie, T-306/01 R, Jurispr. blz. II-2387, punt 52).

64 Het verzoekschrift bevat, zoals de Commissie terecht opmerkt, weliswaar weinig gegevens aan de hand waarvan de kortgedingrechter kan nagaan of de gevraagde voorlopige maatregelen op het eerste gezicht gerechtvaardigd zijn, maar de opmerkingen van de Commissie alsook de tweede ronde van memories die partijen hebben ingediend, hebben het voorwerp van het verzoek verduidelijkt, zodat de kortgedingrechter het kan onderzoeken. In casu dient allereerst te worden ingegaan op de voorwaarde van spoedeisendheid.

— De voorwaarde van spoedeisendheid

65 Volgens vaste rechtspraak moet de spoedeisendheid van een verzoek in kort geding worden getoetst naar de maatstaf of een voorlopige beslissing noodzakelijk is ter voorkoming van ernstige en onherstelbare schade voor de partij die om de voorlopige maatregel verzoekt. Deze partij moet aantonen dat zij niet op de uitspraak in de hoofdzaak kan wachten zonder een dergelijke schade te lijden (zie beschikkingen president Gerecht van 20 juli 2000, Esedra/Commissie, T-169/00 R,

Jurispr. blz. II-2951, punt 43, en 27 juli 2004, TQ3 Travel Solutions Belgium/ Commissie, T-148/04 R, Jurispr. blz. II-3027, punt 41, en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 66 In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat verzoekster, zoals de Commissie terecht opmerkt, geen verband heeft aangetoond tussen de gestelde schade en de handelingen waarvan opschorting wordt gevraagd.
- 67 Verzoekster heeft in wezen kritiek op de wijze waarop het contract betreffende perceel ESP 5 is uitgevoerd, dat haars inziens in vergelijking met perceel ESP 4 ondergebruikt is. Zij betwist deze beweerdelijk onregelmatige uitvoering alsook het besluit van de Commissie om de opdracht ESP-DIMA aan te besteden als verlengstuk van perceel ESP 4. Verzoekster heeft de Commissie evenwel aangesproken wegens een onregelmatige uitvoering van haar contract betreffende perceel ESP 5 en heeft niet verzocht om opschorting van de tenuitvoerlegging van de aanbesteding van de opdracht ESP-DIMA. Dienaangaande dient te worden opgemerkt dat de inschrijvingsoproep ESP-DIMA op 27 december 2003 is gepubliceerd en dat verzoeksters bezwaren tegen deze oproep bij brief van de Commissie van 30 januari 2004 zijn verworpen.
- 68 Deze benadering van verzoekster heeft een rechtstreekse weerslag op de waarde van haar betoog inzake de voorwaarde van spoedeisendheid. Zij stelt namelijk slechts indirect dat door de gunning van de opdracht ESP-DIMA aan een andere inschrijver of door het zuivere bestaan van deze opdracht ernstige en onherstelbare schade ontstaat. Daarentegen stelt zij wel duidelijk dat de schade haars inziens voortvloeit uit „de eventuele schrapping of vermindering van de opdrachten van perceel ESP 5”, die voor haar „fataal” zou zijn. Zij tracht een causaal verband tussen de onregelmatige uitvoering van perceel ESP 5 en de plaatsing van de opdracht ESP-DIMA aan te tonen door in haar verzoekschrift te stellen dat „het overduidelijk is dat de onregelmatige uitvoering van [perceel ESP 4] het einde zal betekenen van

[perceel ESP 5] aangezien [perceel ESP 4] door [opdracht ESP-DIMA] zal worden verlengd”, dat indien de gevraagde opschorting niet wordt gelast, „de Commissie zal overgaan tot ondertekening van de [betrokken] contracten, waardoor de weg vrij is voor de besteding van een groot deel van het resterende budget aan de [opdracht ESP-DIMA], en dat „[perceel ESP 5] vanaf dat moment niet meer zal kunnen worden uitgevoerd”.

69 Verzoekster komt evenwel niet op tegen de gebrekkige uitvoering van de percelen ESP 4 en ESP 5, die de voornaamste bron van haar bezorgdheid is, of tegen de voor de uitvoering van opdracht ESP-DIMA te voorziene voorwaarden. Verzoekster kan dus duidelijk niet aantonen dat de voorlopige maatregelen kunnen leiden tot een groter gebruik van de contracten van perceel ESP 5. De Commissie heeft immers duidelijk gemaakt dat zij onder geen beding de contracten van perceel ESP 5 zal gebruiken voor de diensten die binnen het oorspronkelijke bereik van perceel ESP 4 of opdracht ESP-DIMA vallen. Verzoekster heeft dus geen causaal verband aangetoond tussen enerzijds de handelingen waarvan opschorting wordt verzocht (het besluit tot gunning van de opdracht ESP-DIMA aan een andere inschrijver en de motiveringsbrief), en anderzijds de gestelde schade, namelijk een daling van haar omzet uit perceel ESP 5. De gevraagde voorlopige maatregelen lijken dus geen invloed te zullen hebben op de uitvoering van perceel ESP 5.

70 De gevraagde voorlopige maatregelen zijn dus relevant noch noodzakelijk om de gestelde schade te voorkomen.

71 Ook al zou de gestelde schade uit de betwiste handelingen voortvloeien, kan deze schade hoe dan ook niet als ernstig en onherstelbaar in de zin van de rechtspraak van het Gerecht worden beschouwd.

72 Wat de door verzoekster gestelde financiële schade betreft, dient er met de Commissie op te worden gewezen dat een dergelijke schade volgens vaste rechtspraak in beginsel niet kan worden beschouwd als onherstelbaar of zelfs maar moeilijk herstelbaar, aangezien deze later financieel kan worden vergoed (zie

beschikking Esedra/Commissie, reeds aangehaald, punt 44, en de aldaar vermelde rechtspraak). Verzoekster heeft niet aangetoond of ook maar gesteld dat zij een dergelijke vergoeding niet kan verkrijgen in een beroep tot schadevergoeding krachtens artikel 288 EG (zie in die zin beschikking Esedra/Commissie, reeds aangehaald, punt 47, en beschikking president Gerecht van 1 oktober 1997, Comafrika en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, T-230/97 R, Jurispr. blz. II-1589, punt 38).

- 73 Tegen de achtergrond van het voorgaande zijn de gevraagde voorlopige maatregelen in de omstandigheden van de onderhavige zaak slechts gerechtvaardigd, indien verzoekster zich zonder deze maatregel in een situatie zou bevinden die haar bestaan in gevaar brengt of haar marktaandeel op onomkeerbare wijze verandert (zie in die zin beschikking Esedra/Commissie, reeds aangehaald, punt 45).
- 74 Verzoekster heeft evenwel niet aangetoond dat zij zonder de gevorderde voorlopige maatregelen in een dergelijke situatie dreigt te komen.
- 75 Dienaangaande moet worden vastgesteld dat verzoekster geen informatie over haar financiële situatie heeft overgelegd die de kortgedingrechter tot de conclusie kunnen brengen dat haar voortbestaan tot de uitspraak van het Gerecht in de hoofdzaak in gevaar is.
- 76 In het bijzonder wordt de gestelde inkomstendaling door geen enkel bewijs gestaafd en is hoe dan ook niet aangetoond dat een dergelijke inkomstendaling verzoeksters voortbestaan in gevaar zou brengen voordat het Gerecht zich uitspreekt in de hoofdzaak.

- 77 Uit het dossier blijkt integendeel dat verzoekster voldoende activiteiten zal kunnen ontplooien om tot de uitspraak van het Gerecht in de hoofdzaak voort te bestaan.
- 78 Zoals verzoekster in haar verzoekschrift zelf verklaart, neemt zij geregeld deel aan aanbestedingen van de Commissie en heeft zij voor de gemeenschapsinstellingen en niet alleen voor de Commissie een reeks projecten ontwikkeld.
- 79 Dit wordt bovendien bevestigd door de bij de opmerkingen van de Commissie van 15 oktober 2004 als bijlage gevoegde rapporten van de kantoren EuroDB en Dun & Bradstreet van 22 maart 2003 respectievelijk 26 juli 2004, volgens welke verzoekster veel klanten heeft, waaronder gemeenschapsinstellingen, nationale overheidsinstaties en internationale vennootschappen. Voorts wordt verzoeksters financiële situatie in deze rapporten als „goed” beoordeeld, met positieve beoordelingen van de afzet, de rentabiliteit en het totale vermogen. Verzoeksters stelling in haar brief van 2 november 2004 dat deze rapporten „achterhaald” en „onjuist” zijn, is zeer algemeen en door verzoekster met geen enkel bewijs onderbouwd.
- 80 Ten slotte zal verzoekster als eerste contractant van perceel ESP 5 aan de combinatie ESP 5 blijven deelnemen, en als tweede contractant van opdracht ESP-DIMA ook aan de combinatie ED, juist omdat zij aan de Commissie in het kader van haar deelneming aan de aanbesteding ESP-DIMA heeft bewezen, de voor een dergelijk project vereiste financiële en technische capaciteit te bezitten.
- 81 Wat de mogelijkheid betreft dat de marktpositie van verzoekster zonder de gevraagde voorlopige maatregelen onomkeerbaar zou wijzigen, heeft verzoekster weliswaar gesteld dat zij de helft van haar activiteiten zal moeten beëindigen en de

helft van haar personeel zal moeten ontslaan en dat de volledige infrastructuur voor de uitvoering van perceel ESP 5 met „fatale” consequenties zal verdwijnen, doch heeft zij deze argumenten niet nader onderbouwd. Bovendien heeft zij niet aangetoond of ook maar geprobeerd aan te tonen dat beletselen van structurele of juridische aard haar zouden verhinderen een aanzienlijk deel van de verloren markt te heroveren (zie in die zin beschikking president Gerecht van 16 januari 2004, Arizona Chemical e.a./Commissie, T-396/03 R, Jurispr. blz. II-205, punt 84). Met name heeft zij niet aangetoond dat zij geen andere opdrachten, waaronder de litigieuze opdracht na een nieuwe aanbesteding, zou kunnen krijgen, geen werknemers zou kunnen aanwerven of niet de technische infrastructuur ter ondersteuning van grote projecten als die in het kader van perceel ESP 5 zou kunnen opzetten, indien dat nodig zou blijken om de verloren marktaandeelen te heroveren. Dienaangaande dient in aanmerking te worden genomen dat perceel ESP 5 zal blijven bestaan en dat verzoekster, doordat zij aan andere projecten van de Europese instellingen deelneemt en kan blijven deelnemen, haar technische capaciteit niet zal verliezen.

- 82 Wat de door verzoekster gestelde niet-financiële schade betreft, moet met betrekking tot haar argument dat de voorlopige maatregelen spoedeisend zijn wegens onherstelbare schade voor haar reputatie en geloofwaardigheid, worden opgemerkt dat het gunningsbesluit niet noodzakelijkerwijs een dergelijke schade tot gevolg heeft. Volgens vaste rechtspraak levert de deelneming aan een openbare aanbesteding, die naar haar aard een sterk mededingingskarakter heeft, voor alle inschrijvers risico's op, en het feit dat een van hen op grond van de aanbestedingsregels wordt uitgesloten, kan op zichzelf geen enkele schade veroorzaken (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).

- 83 Ook de argumenten waarmee verzoekster tracht aan te tonen dat de spoedeisendheid voortvloeit uit het feit dat het contract met de combinatie ESP-DIMA zal worden gesloten en dat de voor de opdracht ESP-DIMA uitgetrokken middelen vóór de einduitspraak in de hoofdzaak zullen worden vastgesteld op een bedrag waardoor de Commissie blijvend aan deze combinatie gebonden zou kunnen worden, kunnen niet slagen. Een dergelijke situatie vormt geen omstandigheid waaruit de spoedeisendheid blijkt, omdat, wanneer het Gerecht het beroep in de hoofdzaak gegrond zou verklaren, het aan de Commissie staat om de noodzakelijke

maatregelen vast te stellen ter verzekering van een afdoende bescherming van verzoeksters belangen. De Commissie zou dan een nieuwe aanbesteding kunnen uitschrijven waaraan verzoekster zonder bijzondere problemen zou kunnen deelnemen. Een dergelijke maatregel zou kunnen worden gecombineerd met de betaling van een schadevergoeding. Verzoekster heeft geen enkele omstandigheid gesteld die zou verhinderen dat haar belangen op die wijze worden beschermd (zie in die zin beschikking Esedra/Commissie, reeds aangehaald, punt 51, en beschikking president Gerecht van 2 mei 1994, Candiotte/Raad, T-108/94 R, Jurispr. blz. II-249, punt 27).

84 In deze omstandigheden moet worden geconcludeerd dat verzoekster niet afdoende heeft aangetoond dat zij zonder de gevraagde voorlopige maatregelen ernstige en onherstelbare schade zou lijden.

85 Bijgevolg is verzoekster niet geslaagd in het bewijs van de voorwaarde van spoedeisendheid. Derhalve moet het verzoek in kort geding worden afgewezen, zonder dat behoeft te worden onderzocht of aan de andere voorwaarden voor voorlopige maatregelen is voldaan (beschikking president Gerecht van 9 augustus 1999 Sociedade Agricola dos Arinhos e. a./Commissie, T-38/99 R-T-42/99 R, T-45/99 R en T-48/99 R, Jurispr. blz. II-2567, punt 48).

Het verzoek om instructiemaatregelen strekkende tot de overlegging van documenten door de Commissie

Argumenten van partijen

86 In haar opmerkingen van 23 september 2004 verzoekt verzoekster de president van het Gerecht de Commissie te gelasten de betrokken documenten over te leggen, op

grond dat deze zouden kunnen aantonen dat de uitvoering van ESP 4 onregelmatig is, zodat het voor het Gerecht van nut zou zijn, en voor het arrest van het Gerecht zelfs beslissend, om ze te verkrijgen.

- 87 Volgens de Commissie moet het verzoek om instructiemaatregelen worden afgewezen op grond dat verzoekster in strijd met de vereisten van de rechtspraak van het Hof het nut van de overlegging van de betrokken documenten niet heeft aangetoond. Bovendien bevatten deze documenten, aldus de Commissie, vertrouwelijke inlichtingen die niet openbaar mogen worden gemaakt om redenen van bescherming van de rechtmatige handelsbelangen van de inschrijvers.

Beoordeling door de kortgedingrechter

- 88 Allereerst moet worden vastgesteld dat verzoeksters verzoek tot overlegging van de betrokken documenten slechts kan worden opgevat als een verzoek om instructiemaatregelen of van organisatie van de procesgang.
- 89 Volgens artikel 105, lid 2, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering beoordeelt de president van het Gerecht of er aanleiding bestaat een instructie te bevelen. Volgens artikel 65 van het Reglement voor de procesvoering is de overlegging van stukken een van de instructiemaatregelen. Krachtens artikel 64 van het Reglement voor de procesvoering kan het Gerecht maatregelen tot organisatie van de procesgang treffen, waaronder de overlegging van documenten of stukken die betrekking hebben op de zaak.

90 Aangezien het verzoek in kort geding wegens gebrek aan spoedeisendheid moet worden afgewezen, wat er ook zij van de andere voorwaarden voor het toestaan van voorlopige maatregelen, waaronder de voorwaarde van fumus boni juris, hebben de betrokken documenten volgens de kortgedingrechter geen belang voor het onderzoek van het onderhavige verzoek in kort geding, zodat de door verzoekster gevraagde maatregelen betreffende de betrokken documenten niet hoeven te worden gelast.

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT EERSTE AANLEG

beschikt:

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

Luxemburg, 10 november 2004.

De griffier

H. Jung

De president

B. Vesterdorf