

BESCHIKKING VAN DE PRESIDENT VAN HET GERECHT
22 december 2004^{*}

In zaak T-303/04 R II,

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

^{*} Procestaal: Engels.

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,

geeft

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG

de navolgende

Beschikking

De aan het geschil ten grondslag liggende feiten, het procesverloop en de conclusies van partijen

- 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 informaticasystemen 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 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”).
- 6 Na deze oproep vonden tussen de diensten van de Commissie en verzoekster een briefwisseling en gesprekken plaats in verband met de bezorgdheid van deze laatste over de uitvoering van de percelen ESP 5 en ESP 4 (verzoekster was in wezen van mening dat perceel ESP 5 was onderbenut ten voordele van perceel ESP 4) en de door haar gevorderde annulering van de aanbestedingsprocedure ESP-DIMA. Volgens verzoekster had deze procedure geen bestaansreden, aangezien de Commissie gebruik had moeten maken van perceel ESP 5 in plaats van de inschrijvingsoproep ESP-DIMA te gebruiken ter vervanging van perceel ESP 4, waarvan het begrotingsmaximum was bereikt.

- 7 Voor een nadere uiteenzetting van de feiten van het geschil tussen de Commissie en verzoekster wat de bestaansreden van de inschrijvingsoproep ESP-DIMA en de uitvoering van de percelen ESP 4 en ESP 5 betreft, wordt verwezen naar de beschikking van de president van het Gerecht van 10 november 2004, European Dynamics/Commissie (T-303/04 R, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie; hierna: „beschikking van 10 november”), waarbij het eerste verzoek om voorlopige maatregelen in de onderhavige zaak is afgewezen.
- 8 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.
- 9 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, Intrasoftware 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.
- 10 Deze resultaten zijn bij brief van 4 juni 2004 (hierna: „gunningsbesluit”) aan alle inschrijvers, waaronder de combinatie ED, meegedeeld.
- 11 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.

- 12 Bij brief van 14 juli 2004 (hierna: „motiveringsbrief”) heeft de Commissie geantwoord op de door European Dynamics in voormelde brieven opgeworpen punten en heeft zij geweigerd de onderneming een kopie van het evaluatierapport te sturen, omdat zij daarmee vertrouwelijke bedrijfsgegevens van andere inschrijvers zou openbaar maken. Met betrekking tot de geuite twijfel aan de noodzaak van de inschrijvingsoproep ESP-DIMA en het voorstel om perceel ESP 5 te gebruiken voor onder perceel ESP 4 vallende diensten, heeft de Commissie erop gewezen dat het directoraat-generaal (DG) Informatica in een brief van 30 januari 2004 had betoogd dat het niet mogelijk was om van het ene perceel naar het andere over te stappen louter omdat bij één van de twee percelen het begrotingsmaximum nog niet was bereikt, aangezien de twee percelen afzonderlijke opdrachten betroffen die aanzienlijk van elkaar verschilden. Een inschrijvingsoproep publiceren voor het perceel waarvan het begrotingsmaximum niet meer kon worden verhoogd, was derhalve de enige juiste methode 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 de Europese Gemeenschappen (PB L 248, blz. 1).
- 13 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.
- 14 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.
- 15 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.

- 16 Bij op dezelfde dag ter griffie van het Gerecht ingeschreven afzonderlijke akte heeft verzoekster een verzoek in kort geding tot opschorting van de tenuitvoerlegging van het gunningsbesluit en de motiveringsbrief ingediend om te voorkomen dat de overeenkomst met de combinatie ESP-DIMA zou worden gesloten voordat het Gerecht in de hoofdzaak uitspraak zou hebben gedaan (hierna: „eerste verzoek”).
- 17 Op 30 juli 2004 heeft de Commissie de overeenkomst van de combinatie ED ondertekend ontvangen. Enkele ontbrekende volmachten zijn op 4 augustus 2004 nagezonden. Op die datum was de Commissie in het bezit van de door alle contractanten ondertekende originelen van de overeenkomsten voor de opdracht ESP-DIMA.
- 18 Aangezien verzoekster echter een verzoek om voorlopige maatregelen had ingediend, strekkende tot opschorting van de tenuitvoerlegging van het gunningsbesluit, heeft de Commissie op 4 augustus 2004 besloten de ondertekening van de vier overeenkomsten voor de opdracht ESP-DIMA uit te stellen.
- 19 De Commissie heeft op 26 augustus 2004 haar opmerkingen op het eerste verzoek ingediend. Verzoekster en de Commissie zijn in de gelegenheid gesteld een tweede ronde van memories in te dienen; zij hebben hun opmerkingen op respectievelijk 23 september en 15 oktober 2004 ingediend.
- 20 In haar opmerkingen van 23 september 2004 heeft verzoekster verzocht om de Commissie te gelasten een aantal documenten over te leggen, namelijk de verzoeken om prijsopgaven en de cijfers over de uitvoering van perceel ESP 4 (hierna: „betrokken documenten”).

- 21 Op 2 november 2004 heeft verzoekster in een brief aan de griffie van het Gerecht een aantal aanvullende opmerkingen gemaakt over de opmerkingen van de Commissie van 15 oktober 2004 en de president van het Gerecht verzocht daarmee bij zijn beoordeling rekening te houden. Verzoekster verklaarde in het bijzonder dat de twee in bijlage bij de opmerkingen van de Commissie van 15 oktober 2004 gevoegde rapporten over haar financiële situatie, één van het kantoor EuroDB van 22 maart 2004 en het andere van het kantoor Dun & Bradstreet van 26 juli 2004, „onjuist en achterhaald” waren. Deze brief is in het dossier opgenomen en is overeenkomstig artikel 105, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering aan de Commissie betekend.
- 22 Bij brief van 9 november 2004 heeft de griffier van het Gerecht verzoekster meegedeeld dat het Gerecht had besloten geen gevolg te geven aan haar verzoek om uitspraak te doen volgens een versnelde procedure.
- 23 Bij beschikking van 10 november heeft de president van het Gerecht het eerste verzoek afgewezen, op grond dat verzoekster niet rechtens genoegzaam had aangetoond dat zij zonder de gevraagde voorlopige maatregelen ernstige en onherstelbare schade zou lijden, en derhalve niet was geslaagd in het bewijs dat aan de voorwaarde van spoedeisendheid was voldaan, zodat haar verzoek in kort geding moest worden afgewezen, zonder dat uitspraak behoefde te worden gedaan over de ontvankelijkheid ervan of behoefde te worden nagegaan of de andere voorwaarden voor de verlening van voorlopige maatregelen waren vervuld.
- 24 Bij dezelfde beschikking heeft de president van het Gerecht tevens het verzoek van verzoekster inzake de betrokken documenten afgewezen, overwegende dat deze niet van belang waren voor de beoordeling van het verzoek in kort geding en dat de door verzoekster verzochte maatregelen ter zake derhalve niet behoeften te worden vastgesteld.

- 25 Op 18 november 2004 heeft de Commissie de overeenkomst met de combinatie ESP-DIMA ondertekend.
- 26 Daarop heeft verzoekster bij op 22 november 2004 ter griffie van het Gerecht ingeschreven afzonderlijke akte krachtens artikel 242 EG en de artikelen 104, 108 en 109 van het Reglement voor de procesvoering het onderhavige verzoek in kort geding ingediend, waarin zij concludeert tot opschorting van de tenuitvoerlegging van het gunningsbesluit en de motiveringsbrief. Verzoekster herhaalt haar verzoek aan de president van het Gerecht om de Commissie te gelasten de betrokken documenten over te leggen.
- 27 Op 1 december 2004 heeft de Commissie haar opmerkingen over het onderhavige verzoek ingediend. Zij concludeert tot afwijzing van het verzoek als niet-ontvankelijk, subsidiair, ongegrond. Voorts concludeert zij tot afwijzing van het verzoek om overlegging van de betrokken documenten, op grond dat verzoekster geen gegevens heeft verstrekt die de relevantie van deze documenten voor de onderhavige procedure aantonen.

In rechte

Het verzoek om voorlopige maatregelen

- 28 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.

- 29 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, aanvaankelijk 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).
- 30 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].
- 31 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).
- 32 Krachtens artikel 109 van het Reglement voor de procesvoering belet „de afwijzing van een verzoek tot verkrijging van een voorlopige maatregel [...] geenszins, dat de verzoeker andermaal een verzoek indient op grond van nieuwe feiten”.
- 33 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.

De argumenten van partijen

- 34 Verzoekster vraagt de president van het Gerecht haar verzoek toe te wijzen op grond van nieuwe feiten die het gestelde in haar eerste verzoekschrift ondersteunen.
- 35 Zij stelt dat de beschikking van 10 november is gebaseerd op onjuiste gegevens, gelet met name op de onnauwkeurigheden in de rapporten van de kantoren EuroDB en Dun & Bradstreet van respectievelijk 22 maart en 26 juli 2004 (hierna: „oude rapporten”), die de Commissie in de procedure met betrekking tot het eerste verzoek heeft overgelegd, hoewel de Commissie beschikte over gecorrigeerde versies van die rapporten, waarover zij het Gerecht niet heeft ingelicht.
- 36 Wat het gedrag van de Commissie betreft, stelt verzoekster meer in het algemeen dat deze een „niet-verklaarde oorlog” voert, in het kader waarvan verzoekster is opgenomen op een „zwarte lijst” van inschrijvers op aanbestedingen door verweerster. Verzoekster beweert dienaangaande dat uit de cijfers over de bedragen die de Commissie voor de percelen 2, 4 en 7 van de ESP-overeenkomsten heeft betaald, blijkt dat alle percelen die worden beheerst door combinaties waarbij Trasys SA of Sword Technologies SA (beide lid van de combinatie ESP 4) betrokken zijn, ongewoon hoge benuttingsniveaus vertonen. Volgens verzoekster kunnen deze ongewoon hoge benuttingsniveaus het gevolg zijn van de verzoeken om prijsopgaven die de Commissie in het kader van de ESP-aanbesteding heeft doen uitgaan en waarvan verzoekster openbaarmaking vraagt.
- 37 Verzoekster stelt tot slot dat de uitvoering van de opdracht ESP-DIMA in feite het einde van perceel ESP 5 betekent, aangezien de opdracht ESP-DIMA de voortzetting vormt van perceel ESP 4, dat volgens haar ten nadele van perceel ESP 5 onjuist is gebruikt door de Commissie.

38 Gelet op deze feiten en haar actuele financiële situatie, stelt verzoekster dat zij onherstelbare schade zal lijden indien de gevraagde voorlopige maatregelen niet worden verleend.

39 Verzoekster is in het bijzonder van mening dat de beschikking van 10 november met name is gebaseerd op onjuiste gegevens over haar financiële situatie, namelijk dat zij een groot aantal cliënten heeft, waaronder de gemeenschapsinstellingen, nationale publieke instellingen en internationale ondernemingen, en dat haar financiële situatie als „goed” wordt beoordeeld, met positieve beoordelingen van de afzet, de winstgevendheid en het totale vermogen (punt 79 van de beschikking van 10 november).

40 Verzoekster betoogt dat uit de nieuwe versies van de rapporten, te weten een rapport van het kantoor Dun & Bradstreet van 2 november 2004 en een rapport van het kantoor EuroDB, die in bijlage bij het onderhavige verzoekschrift zijn gevoegd (hierna: „nieuwe rapporten”), blijkt dat volgens de in december 2003 vastgestelde cijfers haar jaaromzet is gedaald van 16 miljoen euro in 2001 tot 14 miljoen euro in 2002 en tot 10 miljoen euro in 2003. Uit de nieuwe rapporten blijkt overigens dat veel van de in de oude rapporten genoemde vennootschappen geen leverancier of cliënt van verzoekster meer zijn. Deze benadrukt dienaangaande dat het aantal van haar cliënten is gedaald van 200 tot 15, dat zij niet betrokken is bij „grootschalige projecten”, uitgezonderd die waarbij de Commissie betrokken is, zoals de ESEM, perceel ESP 5 en de raamovereenkomsten van het DG Begroting, en dat zij geen enkel onroerend goed bezit.

41 Verzoekster stelt bovendien dat zij door de manier waarop de Commissie perceel ESP 5 en de andere met haar gesloten overeenkomsten uitvoert, vóór het einde van het jaar 30 % van haar personeel zal moeten ontslaan.

42 Wat de daling van haar inkomsten en het ontslag van haar personeel wegens de onjuiste uitvoering van perceel ESP 5 betreft, stelt verzoekster dat zij de gevolgen

van deze inkomstendaling niet gemakkelijk te boven zal kunnen komen, tenzij haar financiële situatie verbetert. In ieder geval zal de geleden schade, die niet louter financieel zal zijn, onherstelbaar zijn. Dat vloeit voort uit de omvang van de betrokken schade, de aanzienlijke uitgaven die verzoekster heeft moeten doen om de diensten van perceel ESP 5 te verrichten, alsook het feit dat dit perceel het grootste deel van haar projecten en haar budget vormt, en dat dit budget is gekrompen.

- 43 De Commissie wijst de beweringen van verzoekster over haar partijdige houding en de suggestie dat zij in het kader van het eerste verzoek opzettelijk onjuiste gegevens als bewijs zou hebben aangevoerd, met stelligheid van de hand. Volgens de Commissie zijn deze beweringen, die uitermate ernstig zijn en als laster zouden kunnen worden betiteld, volstrekt ongegrond en onjuist. In het bijzonder betwist zij krachtig dat zij de nieuwe rapporten in haar bezit had toen zij de oude rapporten aan het Gerecht overlegde. In werkelijkheid heeft zij de nieuwe rapporten pas ontvangen met het onderhavige verzoek, dat op 24 november 2004 aan haar is betekend. Het is absurd dat verzoekster beweert dat de oude rapporten onjuiste of achterhaalde gegevens bevatten, omdat zij waren gebaseerd op gesprekken met vertegenwoordigers van verzoekster en in het kader van de aanbesteding van de opdracht ESP-DIMA ten bewijze van de financiële draagkracht van verzoekster waren overgelegd.
- 44 Volgens de Commissie is het onderhavige verzoek kennelijk niet-ontvankelijk.
- 45 Ten eerste is het verzoek zonder voorwerp, aangezien verzoekster niet tracht om opschorting van de uitvoering van de met de combinatie ESP-DIMA gesloten overeenkomst te verkrijgen.
- 46 Ten tweede moet het onderhavige verzoek in feite worden opgevat als een beroep tegen de beschikking van 10 november en niet als een nieuw verzoek om voorlopige maatregelen.

- 47 Ten derde voldoet het verzoek niet aan de voorwaarden van artikel 104 van het Reglement voor de procesvoering, omdat het niet voldoet aan de voorwaarden voor de verlening van voorlopige maatregelen, namelijk spoedeisendheid, *fumus boni juris* en een belangenafweging die in het voordeel van verzoekster is.
- 48 Ten vierde is het verzoek weliswaar gebaseerd op de artikelen 108 en 109 van het Reglement voor de procesvoering, maar is er geen sprake van een nieuw feit of een wijziging in de omstandigheden in de zin van deze bepalingen op grond waarvan het verzoek ontvankelijk zou kunnen zijn. De Commissie merkt op dat de nieuwe rapporten geen „nieuwe feiten” of een „wijziging in de omstandigheden” in de zin van de artikelen 108 en 109 van het Reglement voor de procesvoering zijn. Indien dat wel het geval was, zouden partijen, aangezien deze rapporten in „real-time” zijn opgesteld, namelijk op verzoek van de cliënt, procedures kunnen heropenen door eenvoudigweg nieuwe rapporten van dit type te laten opstellen.
- 49 De Commissie benadrukt dat de rapporten in ieder geval geen nieuwe feiten kunnen zijn, omdat zij niet dateren van na de beschikking van 10 november (het rapport van Dun & Bradstreet is van 2 november 2004 en het rapport van EuroDB is niet van een datum voorzien), zijn gebaseerd op de financiële gegevens van eind 2003 en in ieder geval geen nieuwe feiten bevatten die de beoordeling door de president van het Gerecht in de beschikking van 10 november met betrekking tot de spoedeisendheid zouden kunnen wijzigen. Haar inziens blijkt uit de nieuwe rapporten integendeel nog steeds dat de financiële situatie van verzoekster haar voortbestaan niet in gevaar kan brengen. De omstandigheid dat de nieuwe rapporten een daling van het aantal cliënten laten zien, verandert niets aan het feit dat verzoekster nog steeds veel cliënten heeft, zoals zij op haar internetsite aangeeft. Tot slot wordt de stelling van verzoekster met betrekking tot het ontslag van personeel rechtstreeks tegengesproken door het feit dat zij blijkens haar internetsite actief streeft naar de werving van een groot aantal personen, met name om „te werken aan de nieuwste projecten van de Europese Commissie”.

- 50 Mocht het Gerecht het verzoek ontvankelijk verklaren, is de Commissie subsidiair van mening dat uit de hierboven uiteengezette feiten duidelijk blijkt dat er nog steeds geen sprake is van spoedeisendheid, zoals de president van het Gerecht terecht heeft vastgesteld in zijn beschikking van 10 november.
- 51 De Commissie stelt tot slot dat de belangenafweging duidelijk in haar voordeel doorslaat, aangezien opschorting van de tenuitvoerlegging de belangen zou schaden van de andere inschrijvers waarmee zij overeenkomsten heeft gesloten.

Beoordeling door de kortgedingrechter

- 52 Allereerst moet worden opgemerkt dat verzoekster zich in het onderhavige verzoek, dat een nieuw verzoek om voorlopige maatregelen in het kader van dezelfde hoofdzaak als het eerste verzoek is, beroept op de artikelen 108 en 109 van het Reglement voor de procesvoering en voorlopige maatregelen tracht te verkrijgen die identiek zijn aan de in het eerste verzoek gevorderde, namelijk opschorting van de tenuitvoerlegging van het gunningsbesluit en de motiveringsbrief.
- 53 Het eerste verzoek is evenwel bij de beschikking 10 november afgewezen.
- 54 Voorzover verzoekster in de onderhavige zaak een beroep doet op artikel 108 van het Reglement voor de procesvoering zonder dat nader te motiveren, dient te worden opgemerkt dat volgens deze bepaling een kortgedingbeschikking op verzoek van één van de partijen te allen tijde op grond van een wijziging in de omstandigheden kan worden ingetrokken of gewijzigd. Deze bepaling is echter alleen van toepassing in gevallen waarin bij een beschikking voorlopige maatregelen zijn toegestaan. Zij is niet van toepassing in gevallen waarin een verzoek in kort geding is afgewezen, aangezien die situaties worden beheerst door artikel 109 van het Reglement voor de procesvoering [zie in die zin beschikking Hof van 14 februari 2002, Commissie/Artedogan, C-440/01 P(R), Jurispr. blz. I-1489, punten 62 tot en met 64].

55 Volgens artikel 109 van het Reglement voor de procesvoering belet „de afwijzing van een verzoek tot verkrijging van een voorlopige maatregel [...] geenszins, dat de verzoeker andermaal een verzoek indient op grond van nieuwe feiten”.

56 Gelet op het feit dat het eerste verzoek is afgewezen en dat het onderhavige verzoek is gebaseerd op het bestaan van nieuwe feiten, kan dit enkel worden ontvangen indien de voorwaarden van artikel 109 van het Reglement voor de procesvoering zijn vervuld (zie in die zin beschikking president Gerecht van 8 oktober 2001, Stauner e.a./Parlement en Commissie, T-236/00 R II, Jurispr. blz. II-2943, punt 46).

57 Het is aan verzoekster om te bewijzen dat is voldaan aan de voorwaarden voor de indiening van een aanvullend verzoek, die zijn vastgelegd in artikel 109 van het Reglement voor de procesvoering.

58 Verzoekster heeft evenwel niet bewezen dat deze voorwaarden in het onderhavige geval zijn vervuld.

59 Om te beginnen probeert verzoekster niet duidelijk aan te tonen waarom de in het onderhavige verzoekschrift genoemde feiten zouden moeten worden beschouwd als „nieuwe feiten” in de zin van artikel 109 van het Reglement voor de procesvoering.

60 Onder „nieuwe feiten” in de zin van artikel 109 van het Reglement voor de procesvoering zijn te verstaan feiten die zich hebben voorgedaan na de beschikking waarbij het eerste verzoek om voorlopige maatregelen is afgewezen, of die de verzoeker niet heeft kunnen aanvoeren in zijn eerste verzoekschrift of tijdens de procedure die heeft geleid tot de eerste beschikking, en die relevant zijn voor de

beoordeling van het specifieke geval (zie in die zin beschikking Stauner e.a./ Parlement en Commissie, reeds aangehaald, punt 49; zie naar analogie, wat het begrip „wijziging in de omstandigheden” in de zin van artikel 108 van het Reglement voor de procesvoering betreft, beschikking Commissie/Artedogan, reeds aangehaald, punten 63 en 64; beschikkingen president Gerecht van 4 april 2002, Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie, T-198/01 R, Jurispr. blz. II-2153, punt 123, en 21 januari 2004, FNSEA e.a./Commissie, T-245/03 R, Jurispr. blz. II-271, punt 129).

- 61 Geen van de gegevens waarop verzoekster zich in het onderhavige verzoekschrift beroept, kan worden beschouwd als een nieuw feit in de zin van artikel 109 van het Reglement voor de procesvoering.
- 62 Verzoekster baseert zich in hoofdzaak op de nieuwe rapporten en herhaalt verder bepaalde argumenten die zij in haar eerste verzoekschrift reeds naar voren heeft gebracht, over het belang van perceel ESP 5 voor haar activiteiten in hun geheel en voor haar budget alsmede de gevolgen die de beweerdelijk onjuiste uitvoering van perceel ESP 5 kan hebben voor haar activiteiten, haar personeel en haar budget.
- 63 Het in punt 3 van het onderhavige verzoekschrift gestelde met betrekking tot de daling van de inkomsten van verzoekster van 16 miljoen euro in 2001 tot 10 miljoen euro in 2003 was reeds vermeld in het eerste verzoekschrift en is in de beschikking van 10 november uitdrukkelijk beschouwd als onvoldoende bewijs voor de bewering dat het voortbestaan van verzoekster in gevaar zou kunnen komen (punten 51 en 75 en 76). Afgezien van de omstandigheid dat verzoekster, evenals in het eerste verzoekschrift, zelfs geen poging doet om aan te tonen hoe een dergelijke inkomstendaling haar voortbestaan in gevaar zou kunnen brengen, kunnen de financiële gegevens uit 2003, die reeds in het eerste verzoekschrift zijn overgelegd, duidelijk geen nieuwe feiten in de zin van artikel 109 van het Reglement voor de procesvoering vormen.

64 Deze overwegingen gelden evenzeer voor de in de punten 3, 5 en 6 van het onderhavige verzoekschrift genoemde argumenten met betrekking tot de uitvoering van perceel ESP 5 en de mogelijke gevolgen daarvan voor de activiteiten, het personeel en het budget van verzoekster, in het bijzonder wat het mogelijke ontslag van een groot aantal van haar personeelsleden betreft. Uit deze argumenten blijken geen nieuwe feiten. Zij zijn immers in het eerste verzoekschrift reeds naar voren gebracht en in de beschikking van 10 november uitdrukkelijk verworpen (punten 49 tot en met 52 en 81).

65 De in punt 4 van het onderhavige verzoekschrift vermelde gegevens zijn voor de beoordeling van de voorwaarde van de spoedeisendheid niet relevant en kunnen dus geen twijfel aan de conclusies in de beschikking van 10 november doen ontstaan. In ieder geval hebben deze gegevens betrekking op benuttingsniveaus van de verschillende percelen van de ESP-opdrachten in het verleden. Verzoekster beweert niet, en uit het dossier blijkt ook niet, dat deze gegevens nieuwe feiten inhouden die zich na de beschikking van 10 november hebben voorgedaan of die verzoekster niet heeft kunnen aanvoeren tijdens de procedure die tot deze beschikking heeft geleid. Zij kunnen derhalve geen nieuwe feiten in de zin van artikel 109 van het Reglement voor de procesvoering vormen.

66 Uit de nieuwe rapporten, die in bijlage bij het onderhavige verzoekschrift zijn gevoegd, blijkt volgens verzoekster dat haar financiële situatie slechter is dan in de oude rapporten beschreven, in het bijzonder dat haar inkomsten tot in 2003 zijn gedaald, dat de in de oude rapporten vermelde lijst van haar cliënten en leveranciers onjuist is en dat zij geen enkel onroerend goed bezit.

67 Zoals de Commissie in haar opmerkingen echter terecht vaststelt, kunnen de nieuwe rapporten niet worden aangemerkt als „nieuwe feiten” in de zin van artikel 109 van het Reglement voor de procesvoering en ook niet als een wijziging in de omstandigheden.

- 68 Ten eerste zijn de rapporten niet nieuw, aangezien verzoekster zich erop had kunnen beroepen tijdens de procedure die heeft geleid tot de beschikking van 10 november. Het rapport van Dun & Bradstreet van 2 november 2004 dateert van vóór de beschikking van 10 november; terwijl het rapport van EuroDB niet van een datum is voorzien. Deze twee documenten zijn overigens gebaseerd op gegevens van vóór 10 november, in het bijzonder op gesprekken met leden van de directie van verzoekster, die op 1 november 2004 hebben plaatsgevonden (rapport Dun & Bradstreet, blz. 2), en op financiële gegevens over de situatie van de vennootschap aan het einde van het kalenderjaar 2003 (rapport Dun & Bradstreet, blz. 4, en rapport EuroDB, blz. 3). Verzoekster kon zich dus op de nieuwe rapporten beroepen in haar brief van 2 november 2004 aan het Gerecht. Het Gerecht heeft op haar verzoek immers rekening gehouden met die brief van 2 november 2004.
- 69 Ten tweede bevatten de nieuwe rapporten geen gegevens waarop verzoekster zich niet had kunnen beroepen tijdens de procedure die heeft geleid tot de beschikking van 10 november. In financiële rapporten als de onderhavige wordt eenvoudig de financiële situatie van de vennootschap beoordeeld op grond van de gegevens die de opstellers van de rapporten ter beschikking staan. Zij kunnen aanvullend bewijs vormen van de financiële situatie van verzoekster, maar zij veranderen niet de feitelijke omstandigheden van deze situatie. Indien het loutere bestaan van deze rapporten (in tegenstelling tot de werkelijke financiële situatie die daarin wordt beoordeeld), die in „real-time” op verzoek van een cliënt worden opgesteld en die grotendeels zijn gebaseerd op de door deze cliënt verstrekte gegevens, werd beschouwd als een „nieuw feit” in de zin van artikel 109 van het Reglement voor de procesvoering, zou een partij, zoals de Commissie in haar opmerkingen terecht benadrukt, de mogelijkheid hebben om zich eindeloos te beroepen op nieuwe feiten door eenvoudigweg een nieuw rapport aan te vragen, zonder dat haar financiële situatie werkelijk is veranderd.
- 70 Verzoekster was in dat opzicht alleszins in staat om bij haar eerste verzoekschrift of bij haar antwoord op de opmerkingen van de Commissie over dat eerste verzoekschrift gegevens over de werkelijke staat van haar eigen financiële situatie te overleggen. Zij had geen externe financiële rapporten nodig om te bewijzen dat zij een bepaald aantal cliënten had of dat zij geen onroerend goed bezat. Aangezien de

betrokken rapporten bovendien in „real-time” op verzoek van een cliënt kunnen worden verkregen, kan er niet van worden uitgegaan dat verzoekster geen actuele rapporten kon overleggen ter onderbouwing van haar beweringen met betrekking tot de spoedeisendheid in het eerste verzoekschrift.

- 71 Zoals in de beschikking van 10 november is aangegeven, heeft verzoekster in haar eerste verzoekschrift evenwel geen gegevens verschaft tot staving van haar betoog dat haar financiële situatie van dien aard was, dat haar voortbestaan zonder de gevraagde voorlopige maatregelen in gevaar zou komen. Het loutere bestaan van de nieuwe rapporten verandert niets aan de financiële situatie van verzoekster ten tijde van de indiening van het eerste verzoek of op de datum van de ondertekening van de beschikking van 10 november. Dienaangaande is het moeilijk denkbaar dat de financiële situatie van verzoekster voldoende is veranderd in de korte periode van twee weken tussen de datum van de beschikking van 10 november en de datum van indiening van het onderhavige verzoek om voorlopige maatregelen, of sinds de indiening van het eerste verzoek. Verzoekster stelt overigens niet dat daarvan sprake is.
- 72 Gelet op het voorgaande kunnen de twee rapporten niet worden aangemerkt als nieuwe feiten in de zin van artikel 109 van het Reglement voor de procesvoering.
- 73 Overigens moet worden opgemerkt dat uit het onderzoek van de inhoud van de nieuwe rapporten, waarin zoals gezegd de financiële situatie van verzoekster vóór 10 november 2004 wordt onderzocht, hoe dan ook blijkt dat de globale beoordeling van haar financiële situatie niet wezenlijk verschilt van die in de oude rapporten. Zij kunnen derhalve niet afdoen aan de conclusie in de beschikking van 10 november, dat verzoekster niet heeft aangetoond dat zij zich zonder de gevraagde voorlopige maatregelen in een situatie zou bevinden die haar voortbestaan in gevaar brengt of haar marktpositie op onomkeerbare wijze verandert (punt 73 van de beschikking van 10 november).

- 74 Zoals de Commissie in haar opmerkingen terecht benadrukt, kwalificeren het rapport van Dun & Bradstreet van 26 juli 2004 en het nieuwe rapport van datzelfde kantoor van 2 november 2004 de algemene financiële situatie van verzoekster in dezelfde bewoordingen als „redelijk” (fair) en met een financiële rating van 2A3. Het oude rapport van EuroDB kwalificeerde de financiële situatie van verzoekster als „goed” (good), terwijl het nieuwe rapport van dit kantoor geen enkele omschrijving van deze aard bevat. In het nieuwe rapport van Dun & Bradstreet van 2 november 2004 wordt toegevoegd dat verzoekster „kan worden gekarakteriseerd als in voldoende mate uit eigen middelen gefinancierd”. De inhoud van dit rapport verandert ook niets aan de overweging in de beschikking van 10 november, dat verzoekster een groot aantal cliënten heeft en aan verscheidene projecten deelneemt. Hoewel zij van een kleiner aantal cliënten melding maken, wordt in de nieuwe rapporten aangegeven dat verzoekster een portefeuille van 27 cliënten heeft (nieuw rapport Dun & Bradstreet, blz. 3), waaronder grote cliënten zoals de Commissie, het Bureau voor de statistiek der Europese Gemeenschappen (Eurostat), het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen (Publicatiebureau) en het Europees Centrum voor de ontwikkeling van de beroepsopleiding (Cedefop) (rapport EuroDB, blz. 2). Verzoekster erkent zelf dat zij nog steeds deelneemt aan grote projecten voor de Commissie. Zoals de Commissie in haar opmerkingen benadrukt, worden deze feitelijke gegevens bevestigd door de eigen internetsite van verzoekster.
- 75 Tot slot moet worden opgemerkt dat het bestaan noch de inhoud van de nieuwe rapporten invloed kunnen hebben op de conclusies in de beschikking van 10 november.
- 76 Het bestaan van nieuwe rapporten kan geen twijfel doen ontstaan aan de conclusie in de beschikking van 10 november, dat verzoekster niet rechtens genoegzaam heeft aangetoond dat de gestelde schade zou voortvloeien uit de litigieuze handelingen of dat deze schade zou kunnen worden beschouwd als ernstig en onherstelbaar in de zin van de rechtspraak van het Gerecht (zie in die zin 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 België/Commissie, T-148/04 R, Jurispr. blz. II-3027, punt 41, en de aldaar aangehaalde rechtspraak). Deze beschikking was niet gebaseerd op de inhoud van de oude rapporten, maar onder meer op, ten eerste, het feit dat verzoekster geen causaal verband had aangetoond tussen de gestelde schade en de handelingen waarvan de opschorting werd gevraagd

(punten 66 tot en met 70 van de beschikking van 10 november), en ten tweede, het feit dat verzoekster geen feiten of omstandigheden over haar financiële situatie had gesteld die de kortgedingrechter tot de conclusie konden brengen dat haar voortbestaan tot de uitspraak van het Gerecht in de hoofdzaak in gevaar zou zijn (punten 75 en 76), noch het bewijs had geleverd dat haar marktpositie onomkeerbaar zou worden gewijzigd (punt 81).

- 77 Op grond van het voorgaande kan er niet van worden uitgegaan dat het onderhavige verzoek blijk geeft van het bestaan van nieuwe feiten in de zin van artikel 109 van het Reglement voor de procesvoering, of in ieder geval feiten die de overwegingen in de beschikking van 10 november in twijfel kunnen trekken.
- 78 Derhalve moet het onderhavige verzoek bij gebreke van dergelijke nieuwe feiten als niet-ontvankelijk worden afgewezen.

Het verzoek om maatregelen van instructie te bevelen, strekkende tot de overlegging van documenten door de Commissie

Argumenten van partijen

- 79 Verzoekster herhaalt het verzoek dat zij in haar opmerkingen van 23 september 2004 in het kader van het eerste verzoek had gedaan, namelijk dat de president van het Gerecht de Commissie gelast de betrokken documenten over te leggen, op grond dat deze zouden kunnen aantonen dat de uitvoering van perceel ESP 4 en van perceel ESP 5 onregelmatig en partijdig ten gunste van de combinatie ESP 4 was, zodat zij van wezenlijk belang zouden zijn voor de eerbiediging van de rechten van de verdediging en het Gerecht tot nut zouden zijn. Het zou voor het arrest van het Gerecht zelfs beslissend zijn om ze te verkrijgen.

- 80 De Commissie is van mening dat het verzoek om instructiemaatregelen moet worden afgewezen op grond dat verzoekster in strijd met de vereisten van de rechtspraak van het Hof geenszins heeft aangetoond dat de overlegging van de betrokken documenten nuttig zou zijn.

Beoordeling door de kortgedingrechter

- 81 Zoals reeds is aangegeven in de beschikking van 10 november, kan het verzoek van verzoekster om overlegging van de betrokken documenten slechts worden opgevat als een verzoek om maatregelen van instructie of van organisatie van de procesgang.
- 82 Volgens artikel 105, lid 2, 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 als één 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.
- 83 Aangezien het verzoek in kort geding moet worden afgewezen omdat de voorwaarden van artikel 109 van het Reglement voor de procesvoering niet zijn vervuld, zijn de betrokken documenten volgens de kortgedingrechter niet van belang voor de beoordeling van het onderhavige verzoek in kort geding, zodat de door verzoekster gevraagde maatregelen betreffende de betrokken documenten niet behoeven te worden gelast.

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG

beschikt:

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

Luxemburg, 22 december 2004.

De griffier

H. Jung

De president

B. Vesterdorf