# ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer)
17 maart 2005 *

In zaak T-160/03,

**AFCon Management Consultants,** gevestigd te Bray (Ierland),

**Patrick Mc Mullin,** wonende te Bray,

**Seamus O'Grady,** wonende te Bray,

alle vertegenwoordigd door B. O'Connor, solicitor, en I. Carreño, advocaat,

verzoekers,

tegen

**Commissie van de Europese Gemeenschappen,** vertegenwoordigd door J. Enegren en F. Hoffmeister als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

* Procestaal: Engels.

betreffende een beroep tot vergoeding van de schade die verzoekers beweerdelijk hebben geleden wegens onregelmatigheden in de aanbestedingsprocedure voor een door het Tacis-programma gefinancierd project („Project FDRUS 9902 — Agricultural extension services in South Russia"),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: P. Lindh, kamerpresident, R. García-Valdecasas en J. D. Cooke, rechters,

griffier: D. Christensen, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 6 juli 2004,

het navolgende

## Arrest

### Feiten van het geding

1 AFCon Management Consultants (hierna: „AFCon") is een consultantsbureau dat gespecialiseerd is in de landbouw in landen met een overgangseconomie. P. Mc Mullin en S. O'Grady (hierna samen: „verzoekers") zijn bestuurders, aandeelhouders en stichters van de vennootschap.

2 Op 28 mei 1999 heeft de Commissie in het kader van het Tacis-programma een niet-openbare aanbesteding uitgeschreven voor de verstrekking van technische bijstand, met de titel „Agricultural extension services in South Russia" (Diensten voor landbouwvoorlichting in Zuid-Rusland) en de referentie FDRUS 9902 (hierna: „betrokken opdracht").

3 Uit de 21 ondernemingen die belangstelling voor deze aanbesteding hadden getoond, heeft het evaluatiecomité op 29 juli 1999 een beperkte lijst van tien ondernemingen opgemaakt die vervolgens werd verzocht een offerte in te dienen.

4 Op 16 en 17 december 1999 is het evaluatiecomité bijeengekomen om de acht binnengekomen offerten te beoordelen (hierna: „eerste beoordeling"). Het comité was van oordeel dat de offerte van het consortium GFA — Gesellschaft für Agrarprojekte mbH (GFA-Agrar) en Stoas Agri-projects Foundation (Stoas) de beste was, terwijl de offerte van AFCon op de tweede plaats kwam.

5 Vervolgens heeft de Commissie vastgesteld dat er sprake was van een belangenconflict tussen een lid van het evaluatiecomité en het consortium GFA-Agrar en Stoas (GFA). Dit lid, de heer A, was namelijk in dienst bij Agriment International BV, een dochteronderneming van Stoas. De Commissie heeft haar samenwerking met A beëindigd en hem meegedeeld dat zij geen beroep meer zou doen op zijn diensten.

6 Wegens dit belangenconflict heeft de Commissie op 3 maart 2000 besloten de eerste beoordeling te annuleren en een comité met nieuwe leden te belasten met een tweede beoordeling. De Commissie heeft de inschrijvers daarvan op de hoogte gebracht bij brief van 28 maart 2000.

7 Op 15 en 16 mei 2000 heeft het evaluatiecomité de inschrijvingen een tweede maal beoordeeld (hierna: „tweede beoordeling"). Hierin is de offerte van GFA als beste uitgeroepen. De technische offerte van GFA kreeg een score van 72,69 % (derde plaats); haar financiële offerte bedroeg 2 131 870 EUR (eerste plaats). De offerte van AFCon kwam op de tweede plaats met een technische offerte die 75,32 % scoorde (eerste plaats) en een financiële offerte van 2 499 750 EUR (zesde plaats).

8 In augustus 2000 heeft de Commissie de opdracht gegund aan GFA. Bij brief van 17 augustus 2000 heeft zij AFCon daarvan op de hoogte gebracht.

9 Op 9 oktober 2000 heeft AFCon zich bij de Commissie beklaagd over het slechte beheer van de aanbestedingsprocedure. Volgens haar lag de financiële offerte van GFA beneden de marktprijzen. De Commissie heeft deze klacht afgewezen op 9 november 2000.

10 Bij brieven van 18 december 2000 en 31 januari 2001 heeft AFCon aangevoerd dat GFA de voorwaarden van de aanbesteding had miskend. Bij brief van 28 februari 2001 heeft de Commissie dit betoog weerlegd.

11 Bij brief van 15 maart 2001 heeft AFCon herhaald dat de offerte van GFA niet overeenstemde met de aanbestedingsprocedure voor Tacis-opdrachten. De Commissie heeft niet op deze brief geantwoord.

12 Op 15 mei 2001 heeft AFCon bij de Europese Ombudsman een klacht ingediend. Volgens deze klacht:

— was de financiële offerte van GFA niet in overeenstemming geweest met de aanbesteding (eerste grief);

— had de Commissie na de vaststelling van het belangenconflict niet de volgens de regels voor gunning van overheidsopdrachten vereiste maatregelen genomen (tweede grief);

— had de Commissie de voorwaarden van de aanbesteding miskend door de begunstigde van de aanbesteding enkele weken na de ondertekening van de overeenkomst toe te staan het merendeel van de deskundigen op termijn te vervangen door derden (derde grief).

13 In zijn besluit van 22 april 2002 (besluit 834/2001/GG) was de Ombudsman van oordeel dat enkel de eerste grief gegrond leek. Hij merkte dienaangaande op:

„Volgens behoorlijke administratieve praktijk in de aanbestedingsprocedures moet de administratie zich houden aan de voor deze procedures opgestelde regels. Door in de onderhavige zaak inschrijvers toe te staan deskundigenhonoraria als terugbetaalbare kosten op te nemen, heeft de Commissie de voor aanbestedingen geldende regels en de door deze regels beoogde doelstelling niet nageleefd. Dit is een geval van wanbeheer."

14 Met betrekking tot de tweede en de derde grief concludeerde de Ombudsman dat er geen sprake was van wanbeheer door de Commissie.

15 Bij brief van 25 mei 2002 heeft AFCon van de Commissie de volgende bedragen geëist ter vergoeding van de schade die zij had geleden omdat de opdracht niet aan haar was toegekend:

— winstderving: 624 937 EUR;

— verlies van „projectprofiel": 600 000 EUR;

— verlies van „professionele ontwikkeling": 150 000 EUR.

16 Bij brief van 25 juli 2002 heeft de Commissie dit verzoek afgewezen.

17 Bij brief van 13 september 2002 heeft AFCon de Commissie verzocht haar een aantal stukken te bezorgen met betrekking tot de procedure voor de gunning van de betrokken opdracht. De Commissie heeft dit verzoek op 3 oktober 2002 ingewilligd, maar niet voor de evaluatierapporten en notulen van het evaluatiecomité en de offerten van de concurrenten, waarop de uitzonderingen van toepassing waren waarin is voorzien respectievelijk bij artikel 4, lid 3, tweede alinea, en artikel 4, lid 1, sub b, van verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (PB L 145, blz. 43).

18 Bij brief van 11 oktober 2002 heeft AFCon een confirmatief verzoek in de zin van verordening nr. 1049/2001 ingediend. Zij verzocht om toegang tot diverse documenten met betrekking tot de procedure voor de aanbesteding van de betrokken opdracht.

19 Bij brief van 22 november 2002 heeft de Commissie toegang verleend tot een aantal documenten en heeft zij voor het overige haar weigering om de gevraagde documenten te verstrekken bevestigd.

20 Daarnaast heeft de Ierse minister van Europese aangelegenheden, D. Roche, in een brief van 4 september 2002 aan D. Byrne, lid van de Commissie, zich ten gunste van AFCon uitgesproken en de Commissie verzocht te zoeken naar een oplossing voor het geschil met AFCon.

21 Bij brieven van 10 oktober 2002 en 4 november 2002 heeft de Commissie haar standpunt over de rechtmatigheid van de betrokken aanbestedingsprocedure herhaald.

22 Op 15 november 2002 heeft B. Crowly, lid van het Europees Parlement, de Commissie een schriftelijke vraag (3365/02) gesteld over de gunning van de betrokken opdracht. C. Patten, lid van de Commissie, heeft op 23 december 2002 daarop geantwoord. Crowley heeft Patten vervolgens een brief gezonden, waarop laatstgenoemde op 3 april 2003 heeft geantwoord.

23 Bij brief van 18 februari 2003 heeft Roche bij Byrne een tweede maal gepleit voor AFCon. Bij brief van 8 april 2003 heeft Byrne het standpunt van de Commissie herhaald.

## Procesverloop

24 Bij op 12 mei 2003 ter griffie van het Gerecht ingediend verzoekschrift hebben verzoekers het onderhavige beroep ingesteld.

25 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Vijfde kamer) besloten over te gaan tot de mondelinge behandeling en heeft het in het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang als bedoeld in artikel 64 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, partijen verschillende schriftelijke vragen gesteld en de Commissie verzocht een aantal stukken over te leggen. Partijen hebben binnen de gestelde termijnen aan die verzoeken voldaan.

26 Partijen zijn ter terechtzitting van 6 juli 2004 gehoord in hun pleidooien en antwoorden op de vragen van het Gerecht.

## Conclusies van partijen

27 Verzoekers concluderen dat het het Gerecht behage:

— de Commissie te veroordelen tot vergoeding van de schade die zij hebben geleden wegens onregelmatigheden tijdens de aanbestedingsprocedure voor het Tacis-project FDRUS 9902, vermeerderd met compensatoire intresten, te rekenen vanaf de dag waarop de schade is opgetreden;

— de Commissie te veroordelen tot betaling van intresten over het bedrag van de schadevergoeding, te rekenen vanaf de datum van het eindarrest;

— de Commissie te gelasten bepaalde documenten te verstrekken met betrekking tot de procedure voor de evaluatie van de offerten;

— de Commissie in de kosten te verwijzen.

28 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekers in de kosten te verwijzen.

**In rechte**

A — *Het verzoek om maatregelen van instructie*

29 Verzoekers hebben het Gerecht verzocht, de Commissie overeenkomstig artikel 65, sub b, van het Reglement voor de procesvoering te gelasten bepaalde documenten over te leggen die betrekking hebben op de aanbestedingsprocedure, en in voorkomend geval getuigen te verhoren.

30 Het Gerecht heeft in het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang de Commissie met name verzocht, gegevens betreffende de offerten van de inschrijvers en documenten betreffende de eerste en de tweede beoordeling over te leggen. Deze verzoeken stemmen grotendeels overeen met de door verzoekers

gevraagde maatregelen van instructie. Het Gerecht is derhalve van oordeel voldoende voorgelicht te zijn door de stukken van het dossier om het geding te beslechten zonder overlegging van andere documenten en zonder verhoor van getuigen te gelasten.

B — *Het verzoek om schadevergoeding*

31 Het gemeenschapsrecht verleent een recht op schadevergoeding wanneer is voldaan aan drie voorwaarden, te weten dat de geschonden rechtsregel ertoe strekt particulieren rechten toe te kennen, dat er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending en dat er een direct causaal verband bestaat tussen de schending van de op de opsteller van de handeling rustende verplichting en de door de benadeelde personen geleden schade (arresten Hof van 5 maart 1996, Brasserie du pêcheur en Factortame, C-46/93 en C-48/93, Jurispr. blz. I-1029, punt 51, en 4 juli 2000, Bergaderm en Goupil/Commissie, C-352/98 P, Jurispr. blz. I-5291, punten 41 en 42).

32 Nagegaan moet worden of verzoekers hebben aangetoond, dat in het onderhavige geval aan die voorwaarden was voldaan.

1. *De rechtmatigheid van de aan de Commissie verweten handelwijze*

33 Verzoekers voeren in wezen drie onrechtmatigheden aan. In de eerste plaats was de offerte van GFA niet in overeenstemming met de voorwaarden van de betrokken opdracht. In de tweede plaats heeft de Commissie rekening gehouden met ongeoorloofde evaluatiecriteria. In de derde plaats heeft de Commissie niet de vereiste maatregelen genomen nadat zij had vastgesteld dat er sprake was van een belangenconflict.

a) De regelmatigheid van de offerte van GFA

Argumenten van partijen

34 Volgens verzoekers was de offerte van GFA niet in overeenstemming met de regels van de betrokken opdracht. Deze regels bevatten:

— instructies aan de inschrijvers [Europese Commissie, SCR(E) Tacis, „Instructions to tenderers", versie van 22 juni 1999], in het bijzonder punt C.2.1;

— richtsnoeren voor de voorbereiding van de technische en financiële offerte [Europese Commissie, SCR(E) Tacis, „Guidelines for the preparation of the technical and financial proposal", versie van januari 1999] (hierna: „richtsnoeren"), in het bijzonder de bepalingen betreffende de voorbereiding van de bijlagen B („Organisation and methods") en D („Breakdown of prices for Tacis contracts");

— het bestek van de betrokken opdracht (Europese Commissie, „Technical assistance to economic reform in the food and agriculture sector, Terms of reference, Project: Russia ‚Agricultural extension services in South Russia — Farm extension project'" van 4 juni 1999.

35 Volgens verzoekers blijkt uit deze regels dat de financiële offerte moet overeenstemmen met de technische offerte en de vergoeding van de met opleidingsactiviteiten belaste personen moet vermelden in de daartoe voorziene post.

36 Deze regels zijn ondubbelzinnig. Zij hebben tot doel alle offerten op voet van gelijkheid te plaatsen om ze te vergelijken. Zij zijn bevestigd door de praktijk van de Commissie in een opdracht die vergelijkbaar is en gelijktijdig plaatsvindt met de in geding zijnde opdracht (FDRUS 9901).

37 GFA heeft deze regels geschonden om de volgende redenen:

— de hoeveelheid „mandagen" in haar technische offerte overschrijdt die welke zij in haar financiële offerte vermeldt;

— in haar financiële offerte heeft GFA een deel van de vergoeding van de met opleiding belaste personen ondergebracht in de post „terugbetaalbare uitgaven", een post die normalerwijze is voorbehouden voor de terugbetaling van de uitgaven met betrekking tot de opleiding „zoals reizen, de per diem voor stagiairs, de inschrijvingskosten, enz.".

38 GFA is er aldus in geslaagd het bedrag van haar financiële offerte te verlagen. Tussen beide offerten bestaan de volgende verschillen:

| Technische offerte | Financiële offerte | Verschil |
|---|---|---|
| 2 687 mandagen (EU-deskundigen) | 2 200 mandagen (EU-deskundigen) | (487) mandagen |
| 4 615 mandagen (lokale deskundigen) | 2 250 mandagen (lokale deskundigen) | (2 365) mandagen |
| 5 300 mandagen (ondersteunend personeel) | 3 500 mandagen (ondersteunend personeel) | (1 800) mandagen |
| Totaal 12 602 mandagen | 7 950 mandagen | (4 652) mandagen |

Deze verschillen zijn afgewenteld op de terugbetaalbare uitgaven.

39 Verzoekers wijzen erop dat de Ombudsman hun argumenten in wezen heeft bevestigd waar hij van oordeel was dat de Commissie zich aan wanbeheer schuldig had gemaakt door GFA in strijd met de regels van de betrokken opdracht toe te staan de deskundigenhonoraria op te nemen in de uitgaven op de post die voor de terugbetaalbare kosten is voorbehouden.

40 Ten slotte zijn verzoekers van mening dat hun kritiek is bevestigd door de moeilijkheden waarmee de Commissie te kampen heeft gehad tijdens de uitvoering van de opdracht door GFA.

41 Uit deze gegevens volgt aldus verzoekers dat de Commissie, door GFA niet uit te sluiten wegens deze onregelmatigheden, de beginselen van gelijke behandeling, evenredigheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen heeft geschonden.

42 De Commissie betoogt dat de indiening van de offerte door GFA om de volgende redenen niet onrechtmatig was:

— de regels die volgens verzoekers werden geschonden, zijn juridisch niet verbindend; zij omschrijven niet op ondubbelzinnige wijze hoe de vergoeding van de deskundigen in de financiële offerte moest worden opgenomen;

— het financieel reglement van 21 december 1977 van toepassing op de algemene begroting der Europese Gemeenschappen (PB L 356, blz. 1), zoals gewijzigd bij verordening (EG, EGKS, Euratom) nr. 2548/98 van de Raad van 23 november

1998 (PB L 320, blz. 1) (hierna: „financieel reglement") (artikel 117), en verordening (Euratom, EG) nr. 1279/96 van de Raad van 25 juni 1996 betreffende bijstand aan de Nieuwe Onafhankelijke Staten en Mongolië bij de sanering en het herstel van de economie (PB L 165, blz. 1) (artikel 7 en bijlage III), bevatten geen enkele precieze bepaling over de vraag van de opname van de honoraria voor opleiding in de post van de terugbetaalbare kosten;

— er is geen sprake van een vaste praktijk van de Commissie met betrekking tot dit punt, zodat verzoekers zich niet kunnen beroepen op schending van het vertrouwensbeginsel;

— aangezien het niet uitdrukkelijk verboden is de honoraria voor de opleiding op te nemen in de post van terugbetaalbare uitgaven, kon GFA wel degelijk gebruik maken van die methode;

— de voorstelling van de offerte van GFA heeft de vergelijking tussen de offerten niet vertekend, aangezien de aanbestedende dienst in zijn vergelijkende beoordeling rekening heeft kunnen houden met het feit dat de honoraria van de opleiders als terugbetaalbare kosten waren behandeld;

— het standpunt van de Ombudsman is niet bepalend;

— feiten die zich na de gunning van de opdracht hebben voorgedaan, met name de uitvoering van de overeenkomst, zijn irrelevant.

Beoordeling door het Gerecht

43 Punt C.2.1 van de instructies aan de inschrijvers luidt:

„De prijzenspecificatie moet worden opgemaakt volgens het model van bijlage D bij de ontwerpovereenkomst en de prijzen moeten worden uitgedrukt in [euro]. Inschrijvingen in enige andere munteenheid of een onjuiste voorstelling van de prijzenspecificatie kan leiden tot afwijzing van de inschrijving."

44 Bijlage D bij de richtsnoeren bevat een inleidend gedeelte waarin wordt uiteengezet volgens welke methode de offerte moet worden ingediend. Hierbij zit ook een formulier met een tabel waarin de inschrijvers hun gegevens moeten invullen. Deze tabel bevat de volgende vier hoofdposten:

„1) Honoraria (‚Fees'), waaronder:

a) Westerse deskundigen

b) Lokale deskundigen

c) Ondersteunend personeel

2) Per diem

3) Rechtstreekse uitgaven

4) Terugbetaalbare uitgaven"

45 De richtsnoeren vermelden het volgende:

„De volgende inlichtingen worden verstrekt om de inschrijvers te helpen bij de opmaak van bijlage D (financiële specificatie) [...] Indien deze richtsnoeren niet worden gevolgd, wordt de inschrijver verzocht de verschillen te verantwoorden in een toelichting [...]

4. [...] De in bijlage D vermelde cijfers (voor elke categorie of individuele deskundige) moeten exact overeenstemmen met de in bijlage B (overzicht van de taken van het personeel) verstrekte cijfers in de tabel van het arbeidstijdgebruik (tijd die elke deskundige aan het project besteedt)."

46 De Commissie heeft aldus op duidelijke en ondubbelzinnige wijze aangegeven dat de gegevens van bijlage B en die van bijlage D „exact" moesten overeenstemmen en dat elk verschil moest worden verantwoord in een toelichting.

47 Dit beginsel van overeenstemming tussen de financiële offerte en de technische offerte wordt eveneens herhaald in de toelichting bij het formulier van bijlage B, dat bij de richtsnoeren is gevoegd. Hierin wordt vermeld:

„Belangrijk: bovenstaand overzicht moet overeenstemmen met de in de specificatie van de vergoedingen vermelde cijfers."

48 Om te onderzoeken of de offerte van GFA deze bepalingen nakomt, moet worden vermeld dat de technische offerte van GFA (bijlage A) met betrekking tot het gedeelte „opleiding" de volgende cijfers bevatte:

Tabel 1

| Aantallen (mandagen) | Technische bijstand | Opleiding Replicatie Kennisverspreiding | Totaal |
|---|---|---|---|
| EU-deskundigen | 2 200 | 487 | 2 687 |
| Lokale deskundigen | 2 250 | 2 365 | 4 615 |
| Ondersteunend personeel | 3 500 | 1 800 | 5 300 |
| Totaal | 7 950 | 4 652 | 12 602 |

49 In de financiële offerte (bijlage D) heeft GFA onder de post „A. Honoraria" de volgende cijfers vermeld:

Tabel 2

| | Aantal mandagen | Bedrag EUR |
|---|---|---|
| EU-deskundigen | 2 200 | 821 000 |
| Plaatselijke deskundigen | 2 250 | 58 750 |
| Ondersteunend personeel | 3 500 | 61 250 |
| Totaal | 7 950 | 941 000 |

50 Dit aantal mandagen (7 950) bedraagt 4 652 minder dan het in de technische offerte vermelde aantal (12 602).

51 Uit de bewoordingen van de financiële offerte van GFA blijkt evenwel dat dit verschil voortspruit uit het feit dat dit aantal van 4 652 mandagen bij de terugbetaalbare kosten is behandeld.

52 De financiële offerte van GFA neemt namelijk in een voetnoot en in een daarbij gevoegde toelichting de gegevens van de technische offerte die hierboven zijn aangehaald (tabel 1), over. Op basis van deze toelichting kan worden opgemaakt dat het verschil tussen de twee offerten zijn oorsprong vindt in de manier waarop de uitgaven voor de vergoeding van het personeel belast met opleiding, replicatie en kennisverspreiding zijn behandeld. De financiële offerte van GFA bevat voorts een tabel waarin alle terugbetaalbare uitgaven met betrekking tot deze activiteiten in detail worden omschreven. Uit deze tabel blijkt dat in het totaal 4 652 mandagen aldus bij de terugbetaalbare uitgaven zijn behandeld voor een totale waarde van 282 425 EUR. Anders dan verzoekers beweren, is het verschil tussen de financiële offerte en de technische offerte dus zuiver formeel en wordt een effectieve vergelijking tussen de offerten van de verschillende inschrijvers daardoor niet belemmerd.

53 Bovendien moet worden vastgesteld dat de financiële offerte van GFA overeenkomstig het bestek prestaties ter waarde van 500 000 EUR voor opleiding en 200 000 EUR voor replicatie en kennisverspreiding bevatte.

54 Bijgevolg moeten de grieven dat de Commissie onrechtmatig heeft gehandeld door haar weigering om de offerte van GFA af te wijzen wegens beweerde verschillen tussen de technische offerte en de financiële offerte, worden afgewezen.

b) Het gebruik van onrechtmatige evaluatiecriteria

Argumenten van partijen

55 Verzoekers verwijten de Commissie, dat zij het evaluatiecomité heeft toegestaan om in de tweede beoordeling in strijd met de toepasselijke regels rekening te houden met de vroegere ervaring van AFCon in Tacis-projecten. Punt 3 van bijlage III bij verordening nr. 1279/96 en punt 3 van bijlage IV bij verordening (EG, Euratom) nr. 99/2000 van de Raad van 29 december 1999 betreffende bijstand aan de partnerstaten in Oost-Europa en Centraal-Azië (PB 2000 L 12, blz. 1), bepalen immers: „Specifieke Tacis-ervaring van de aanbieder wordt bij de beoordeling van de aanbieding niet in aanmerking genomen." Volgens deze bepalingen wordt de offerte enkel beoordeeld „op basis van een afweging van de technische kwaliteit tegen de prijs: [i]n elke aankondiging wordt vermeld hoe deze criteria meewegen; [d]e technische beoordeling geschiedt aan de hand van de volgende criteria: organisatie, tijdschema, methodes en werkplan voor de dienstverlening, kwalificaties, ervaring, vaardigheden van het personeel voor de dienstverlening en de betrokkenheid van plaatselijke bedrijven of deskundigen, hun integratie in het project en hun bijdrage aan het duurzame karakter van de resultaten van de projecten".

56 In casu was een van de leden van het comité dat de tweede beoordeling heeft verricht, G. Rea, van mening dat de bestaande adviescentra die tussen 1996 en 1998 in het kader van het project FDRUS 9405 „Support to individually operated farms in Russia" door Mc Mullin en AFCon waren opgericht, ten tijde van het gesprek nog niet operationeel waren en geen technisch advies verstrekten. Deze verklaring, die onjuist was, heeft de andere leden van het comité beïnvloed.

57 Verzoekers hebben ter terechtzitting betoogd, na in het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang overlegging van verschillende documenten betreffende de werkzaamheden van het evaluatiecomité te hebben verkregen, dat een van de leden van dit comité, K. Karttunen, in haar rapport uitdrukkelijk heeft vermeld rekening te hebben gehouden met het feit dat AFCon geen ervaring had met andere projecten in Rusland.

58 De Commissie ontkent dat er sprake is van een onregelmatigheid. Zij erkent dat zij krachtens bijlage III, punt 3, bij verordening nr. 1279/96 geen rekening mag houden met de ervaring van de inschrijvers op grond van andere Tacis-opdrachten.

59 In casu heeft het evaluatiecomité elke inschrijver gehoord over zijn technische offerte. Er is daarvoor geen algemene vragenlijst opgesteld; de inhoud van de gesprekken varieerde per inschrijver. Tijdens het gesprek heeft Mc Mullin de mogelijkheid gehad om elke voor AFCon nadelige verklaring te weerleggen.

Beoordeling door het Gerecht

60 De grieven met betrekking tot de inaanmerkingneming van de ervaring van AFCon in het kader van vroegere door het Tacis-programma gefinancierde projecten, zijn rechtens niet genoegzaam bewezen.

61 Uit de stukken betreffende de beoordeling van de offerten, die aan het dossier zijn toegevoegd ten gevolge van de maatregelen tot organisatie van de rechtsgang, blijkt immers niet dat de leden van het evaluatiecomité de vroegere ervaring van de inschrijvers in door het Tacis-programma gefinancierde projecten hebben gehanteerd als criterium voor de beoordeling van de offerten. Blijkens de documenten getiteld „Detailed technical evaluation per tenderer" heeft het evaluatiecomité zich gebaseerd op acht objectieve criteria betreffende de ervaring van de deskundigen, de benadering van het project en de medewerking van lokale deskundigen. Voorts bevat de nota van de evaluatoren met de beoordeling van de offerte van AFCon geen enkele negatieve waardering inzake een beweerd gebrek aan ervaring of moeilijkheden die zij eerder had ondervonden bij de uitvoering van door het Tacis-programma gefinancierde projecten. De leden van het evaluatiecomité hebben aldus als sterke punten van de offerte van AFCon de kwaliteit van de projectleider en zijn ervaring in de regio van het project vermeld. Als zwakke punten

hebben de leden van het evaluatiecomité er met name op gewezen dat de projectleider slechts een beperkte kennis van het Russisch had en dat de offerte in het algemeen te ambitieus en in bepaalde opzichten te weinig flexibel leek.

62 Aangaande de argumenten betreffende de beweerde commentaren van Rea dient te worden vastgesteld dat dit lid van het evaluatiecomité in zijn eindrapport niet de minste opmerking heeft gemaakt over moeilijkheden die AFCon bij vroegere projecten had ondervonden.

63 Het rapport van de externe evaluator, Karttunen, dat door verzoekers ter terechtzitting is aangehaald, bevat evenmin negatieve opmerkingen over de vroegere ervaring van AFCon in door het Tacis-programma gefinancierde projecten. Dit rapport spreekt met name over de ervaring die de projectleider in Rusland heeft opgedaan, maar vermeldt ook dat laatstgenoemde tijdens het evaluatiegesprek „blijk gaf van een gebrek aan transparantie betreffende de huidige situatie van de thans in de projectzone bestaande landbouwadviescentra".

64 Bijgevolg kan worden volstaan met de vaststelling dat verzoekers niet hebben aangetoond dat de Commissie zich bij de evaluatie van de offerte van AFCon had gebaseerd op een negatieve beoordeling van haar ervaring in vroegere projecten in het kader van het Tacis-programma. De grieven betreffende de onrechtmatigheid van de evaluatiecriteria voor de offerte van AFCon moeten derhalve worden afgewezen.

c) De gevolgen van het belangenconflict

Argumenten van partijen

65 Verzoekers verwijten de Commissie, geen gevolgen te hebben getrokken uit het belangenconflict tussen een lid van het evaluatiecomité, de heer A, en een van de

inschrijvers, GFA. Zij zijn in wezen van mening dat de Commissie niet met de vereiste zorgvuldigheid heeft gehandeld nadat zij het bestaan van een belangenconflict had ontdekt, alsook dat zij GFA niet had mogen toestaan deel te nemen aan het vervolg van de aanbestedingsprocedure.

66 Aangaande het eerste van deze verwijten stellen verzoekers dat de Commissie haar beoordelingsbevoegdheid niet op verantwoorde wijze heeft uitgeoefend toen zij weigerde sancties te nemen ten aanzien van A en GFA. Volgens verzoekers heeft de Commissie immers niet overwogen GFA uit te sluiten, hoewel zij door de voorzitter van het evaluatiecomité was ingelicht over de banden tussen deze inschrijver en een van de leden van het evaluatiecomité. Zij vragen zich tevens af of de Commissie heeft onderzocht of GFA wist dat A zitting had in het evaluatiecomité. Na onderzoek van alle documenten betreffende de aanbestedingsprocedure, die hun ten gevolge van de door het Gerecht getroffen maatregelen tot organisatie van de procesgang zijn overgelegd, hebben verzoekers ter terechtzitting verklaard dat er geen enkel bewijs bestond waaruit kon worden geconcludeerd dat de Commissie zich zelfs nog maar de vraag had gesteld of het passend was sancties ten aanzien van GFA te treffen.

67 In de tweede plaats verwijten verzoekers de Commissie, haar verplichting tot behoorlijk beheer van de door het Tacis-programma gefinancierde projecten niet te zijn nagekomen door geen sanctie ten aanzien van GFA te nemen en dit consortium toe te staan deel te nemen aan de tweede beoordeling. Dat A voltijds in dienst was geweest bij een van de leden van het GFA-consortium, had de Commissie ertoe moeten bewegen zowel het desbetreffende lid van het comité als de betrokken inschrijver uit te sluiten.

68 De Commissie is van mening dat zij rechtmatig heeft gehandeld, zonder de grenzen van haar ruime beoordelingsbevoegdheid te buiten te gaan.

69 Bij gebreke van bewijselementen waaruit blijkt dat GFA heeft getracht door de aanwezigheid van A in het evaluatiecomité de aanbestedingsprocedure te beïnvloeden, betoogt de Commissie dat geen enkele bepaling haar toestond GFA uit te sluiten of haar een sanctie op te leggen. Artikel 114, lid 1, van het financieel reglement bepaalt immers:

„De deelneming aan de inschrijvingen staat onder gelijke voorwaarden open voor alle natuurlijke en rechtspersonen die vallen onder het toepassingsgebied van de Verdragen en alle natuurlijke en rechtspersonen van de begunstigde staat."

70 GFA had elk besluit om haar van de betrokken opdracht uit te sluiten, immers gemakkelijk kunnen betwisten wegens schending van artikel 114, lid 1, van het financieel reglement. Bovendien meent de Commissie dat zij krachtens het evenredigheidsbeginsel een onderneming slechts in uitzonderlijke gevallen van een aanbestedingsprocedure kan uitsluiten.

71 Volgens de Commissie was het belangenconflict uitsluitend toe te schrijven aan de evaluator. Deze heeft artikel 12, lid 4, van het algemeen reglement van de aanbestedingen en de gunning van door het Phare- en het Tacis-fonds gefinancierde opdrachten overtreden. Hij was niet verbonden met GFA, maar met een van de ondernemingen van dit consortium. Aangezien GFA geen gezag over de evaluator uitoefende, kon het belangenconflict niet aan GFA worden toegeschreven.

72 Voorts stelt de Commissie dat de uitsluiting van GFA AFCon in strijd met het beginsel van gelijke behandeling ten onrechte zou hebben bevoordeeld.

73 Na A van zijn beraadslagingen te hebben uitgesloten, heeft het evaluatiecomité de opdracht niet aan AFCon gegund. Hoewel de vertegenwoordiger van de begunstigde van de betrokken opdracht had gevraagd, AFCon aan te bevelen voor de gunning van de opdracht, zouden de drie andere leden zich daartegen immers hebben verzet.

Beoordeling door het Gerecht

74 Volgens het beginsel van gelijke behandeling bij de gunning van overheidsopdrachten en gelet op het streven naar een goed financieel beheer van de gemeenschapsgelden en de voorkoming van fraude, is het uiterst laakbaar, en volgens het strafrecht van verschillende lidstaten overigens strafbaar, dat een opdracht wordt gegund aan een persoon die betrokken is bij de evaluatie en de selectie van de offerten (arrest Gerecht van 15 juni 1999, Ismeri Europa/Rekenkamer, T-277/97, Jurispr. blz. II-1825, punt 112).

75 Wanneer de Commissie een belangenconflict tussen een lid van het evaluatiecomité en een van de inschrijvers vaststelt, dient zij, met alle vereiste zorgvuldigheid en op basis van alle relevante gegevens, haar beschikking over het verdere verloop van de procedure voor de gunning van de betrokken opdracht voor te bereiden en te geven. Deze verplichting vloeit met name voort uit de beginselen van behoorlijk bestuur en gelijke behandeling (zie naar analogie arrest Gerecht van 9 juli 1999, New Europe Consulting en Brown/Commissie, T-231/97, Jurispr. blz. II-2403, punt 41). De Commissie moet immers in elke fase van een aanbestedingsprocedure erop toezien dat het beginsel van gelijke behandeling wordt geëerbiedigd en dat bijgevolg alle inschrijvers gelijke kansen hebben (zie in die zin arrest Hof van 29 april 2004, Commissie/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Jurispr. blz. I-3801, punt 108, en arrest Gerecht van 24 februari 2000, ADT Projekt/Commissie, T-145/98, Jurispr. blz. II-387, punt 164).

76 Nagegaan dient te worden of de Commissie deze verplichting in casu is nagekomen.

77 Wanneer de Commissie heeft vastgesteld dat er een belangenconflict bestaat tussen een van de inschrijvers en een lid van het comité dat belast is met de evaluatie van de offerten, beschikt zij over een beoordelingsmarge om uit te maken welke maatregelen moeten worden getroffen voor het verdere verloop van de aanbestedingsprocedure.

78 Vaststaat dat de Commissie, na door de voorzitter van het evaluatiecomité te zijn gewaarschuwd, geen onderzoek heeft verricht naar de banden tussen A en GFA om er zich van te vergewissen dat dit consortium niet heeft getracht de beraadslagingen van het evaluatiecomité te beïnvloeden. De Commissie heeft ter terechtzitting verklaard dat er geen bewijs bestond dat GFA heeft getracht de procedure te beïnvloeden via een van haar personeelsleden dat deel uitmaakte van het evaluatiecomité. In antwoord op de vragen van het Gerecht heeft de Commissie evenwel te kennen gegeven dat zij geen enkele onderzoeksmaatregel had genomen om na te gaan of GFA en A in de loop van de aanbestedingsprocedure gezamenlijk hebben gehandeld. De Commissie heeft beklemtoond dat het bij gebreke van aanwijzingen die fraude deden vermoeden, niet gerechtvaardigd was een onderzoek in te stellen naar de rol van GFA.

79 Rekening houdend met de omstandigheden van de zaak is een dergelijke beoordeling kennelijk onjuist. Daar zij geen onderzoek had ingesteld naar eventuele afspraken tussen GFA en A, beschikte de Commissie immers niet over gegevens op basis waarvan zij met redelijke zekerheid de mogelijkheid kon uitsluiten dat GFA pogingen zou hebben ondernomen om de aanbestedingsprocedure te beïnvloeden. Uitgaande van een aantal objectieve, concordante gegevens had de Commissie juist blijk moeten geven van bijzondere aandacht en had zij de mogelijkheid van samenspanning tussen GFA en A moeten onderzoeken. Op basis van deze gegevens kan het niet uitgesloten worden geacht, dat het belangenconflict niet enkel voortspruitte uit een samenloop van omstandigheden, maar uit bedrieglijk opzet.

80 In de eerste plaats had de voorzitter van het evaluatiecomité de betwistbaarheid van de eerste beoordeling in ernstige bewoordingen aan de orde gesteld. Laatstgenoemde heeft in een nota van 4 januari 2000 immers voorgesteld, deze

beoordeling in te trekken en een nieuwe evaluatieronde te houden met een comité in een andere samenstelling. De voorzitter van het evaluatiecomité had met name onderstreept dat het resultaat van de eerste beoordeling „uiterst betwistbaar" was wegens het feit dat A destijds werkte „als teamleider in een door de Nederlandse regering gefinancierd project in Oekraïne, waarvan de uitvoering wordt verzekerd door Agriment International, een lid van de Stoas-groep".

81 Naast deze belangenvermenging wees de voorzitter van het evaluatiecomité eveneens op het bestaan van elementen die het vermoeden konden wekken dat A inderdaad heeft getracht GFA te bevoordelen ten opzichte van de andere inschrijvers. In de nota vermeldde hij immers dat „A de ondernemingen die de andere leden van het evaluatiecomité op de eerste of de tweede plaats hadden gezet, op de vierde en de vijfde plaats [had] gezet". Voorts schreef hij dat „alles samen beschouwd er zware vermoedens zijn van een ‚belangenconflict' en dus van een [onrechtmatig] gunstige quotering voor het partnership GFA/Stoas".

82 De voorzitter van het evaluatiecomité had eveneens opgemerkt dat de financiële offerte van GFA ten belope van 2,13 miljoen EUR „aanzienlijk lager was dan de offerten van de eerste en de tweede onderneming" en dat „een zo lage offerte als een vorm van dumping kon worden geïnterpreteerd". Uit de vaststellingen en beoordelingen van de voorzitter van het evaluatiecomité blijkt dus dat de offerte van GFA niet enkel verdacht was wegens het belangenconflict ten gevolge van de aanwezigheid van een personeelslid van dit consortium in het comité, maar ook omdat haar offerte abnormaal laag was.

83 In de tweede plaats vormden de omstandigheden reden om te betwijfelen dat het belangenconflict waarin A zich bevond, louter toevallig was of uitsluitend te wijten was aan zijn nalatigheid.

84 Om te beginnen had A zijn activiteiten binnen de Stoas-groep niet aan de Commissie meegedeeld. Toen hij zich aanbood voor de functie van externe evaluator en tijdens de latere werkzaamheden van het evaluatiecomité heeft hij niet vermeld dat hij voor de Stoas-groep leidinggevende taken verrichtte in het kader van een project voor bijstand in de landbouw (zie nota van 4 januari 2000). Dat deze informatie relevant was voor de beoordeling of A aan de evaluatie kon deelnemen, was des te duidelijker omdat de aanbesteding FDRUS 9902 betrekking had op diensten op het gebied van bijstand in de landbouw, die in bepaalde opzichten vergelijkbaar waren met die waarvan A de leiding had in Oekraïne.

85 Vervolgens heeft A niet alleen nagelaten zijn activiteiten binnen de Stoas-groep kenbaar te maken, maar heeft hij uitdrukkelijk verklaard dat hij rechtstreeks noch zijdelings banden had met de inschrijvers individueel of als lid van een consortium. A heeft immers op 16 december 1999 een verklaring van onpartijdigheid ondertekend in de volgende bewoordingen:

„Ik heb directe noch indirecte banden met een van de inschrijvers individueel of als lid van een consortium, die zich voor het aanbestedingsdossier hebben ingeschreven, noch met een van de voorgestelde onderaannemers. Ik verklaar dat, mocht ik tijdens de beoordeling het bestaan van een dergelijke band ontdekken, ik dit onmiddellijk kenbaar zal maken en uit het evaluatiecomité ontslag zal nemen. Ik ben er mij van bewust dat, zo een dergelijke band mij bekend mocht worden en ik zou nalaten dit kenbaar te maken, de Europese Commissie de desbetreffende aanbesteding kan annuleren en ik daarvoor aansprakelijk kan worden gehouden."

86 Ten slotte worden bovenstaande gegevens nog verdachter doordat A, nadat hij zijn onderzoek van de offerte van GFA had aangevangen, niet staande kon houden onkundig te zijn van de omstandigheid dat zijn positie onverenigbaar was met zijn verbintenis tot onpartijdigheid. Uit deze offerte bleek duidelijk dat Stoas een van de leden van het GFA-consortium was. Bovendien was GFA tijdens het evaluatiege-

sprek waaraan A deelnam, met name vertegenwoordigd door de directeur van de afdeling die belast was met de internationale activiteiten van de Stoas-groep, namelijk B. Hoewel A aldus te maken heeft gehad met een persoon die binnen de groep waarvoor hij werkte, hoge verantwoordelijkheden vervulde, heeft hij in strijd met bovenvermelde inhoud van de verklaring van onpartijdigheid zijn banden met de genoemde groep niet kenbaar gemaakt en heeft hij geen ontslag genomen uit het evaluatiecomité.

87 In de derde plaats kon, gelet op de ernst van deze situatie, redelijkerwijs rekening worden gehouden met de mogelijkheid van samenspanning tussen A en GFA.

88 Om te beginnen is het inderdaad de vraag, of GFA rechtmatig heeft gehandeld. Zoals hierboven is opgemerkt, was GFA op het evaluatiegesprek vertegenwoordigd door de directeur van de afdeling die belast is met de internationale activiteiten van de Stoas-groep, waaronder A ressorteerde. Volgens de offerte van GFA bestond de door B geleide afdeling uit slechts 25 personen, zodat de Commissie redelijkerwijs kon aannemen dat laatstgenoemde A kende. Op basis van deze gegevens had de Commissie zich moeten afvragen om welke redenen B de banden die hij onderhield met een van de leden van het evaluatiecomité, niet kenbaar heeft gemaakt.

89 Voorts is A door de diensten van de Commissie als extern deskundige aangewezen begin september 1999, toen GFA haar offerte nog niet had ingediend. Hoewel A niet heeft deelgenomen aan de voorbereiding van het bestek, was het denkbaar dat hij tijdens de twee maanden tussen zijn benoeming als extern deskundige en de datum van indiening van de offerten in contact heeft gestaan met vertegenwoordigers van het GFA-consortium. Ter terechtzitting heeft de Commissie toegegeven dat, mochten dergelijke contacten hebben plaatsgevonden, zij verplicht zou zijn geweest GFA uit te sluiten van de aanbestedingsprocedure voor de betrokken opdracht. De Commissie heeft evenwel niet geprobeerd A op dit punt te ondervragen.

90 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie, door geen onderzoek te verrichten naar de betrekkingen tussen A en het GFA-consortium, zich schuldig heeft gemaakt aan een kennelijk onjuiste beoordeling. Door deze schending van het beginsel van behoorlijk bestuur heeft de Commissie tevens gehandeld in strijd met het beginsel van gelijke behandeling tussen inschrijvers, volgens hetwelk zij elke offerte op onpartijdige en objectieve wijze moet onderzoeken op basis van de voorwaarden en algemene beginselen die op de aanbestedingsprocedure voor de betrokken opdracht van toepassing zijn, om ervoor te zorgen dat alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen.

91 Het beginsel van gelijke behandeling verbiedt immers dat vergelijkbare situaties verschillend worden behandeld of dat verschillende situaties gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is. In casu bestond ernstige twijfel omtrent de rechtmatigheid van de offerte van GFA. Zolang die twijfel bestond, bevond het consortium zich in een situatie die verschilde van die van alle andere inschrijvers. Door na te laten een onderzoek in te stellen om aan deze situatie een einde te maken, heeft de Commissie GFA op dezelfde wijze behandeld als alle andere inschrijvers, ofschoon een dergelijke behandeling niet objectief gerechtvaardigd was. Door deze miskenning van het beginsel van gelijke behandeling heeft de Commissie een rechtsregel geschonden die ertoe strekt particulieren rechten toe te kennen.

92 Voorzover vaststaat dat de Commissie niet met de nodige zorgvuldigheid heeft gehandeld om maatregelen voor te bereiden met het oog op de voortzetting van de aanbestedingsprocedure, kan daarentegen niet worden geoordeeld over de rechtmatigheid van het besluit om GFA niet te verbieden, aan het verdere verloop van deze procedure deel te nemen. Die rechtmatigheid is immers rechtstreeks afhankelijk van de uitkomst van het onderzoek dat de Commissie had moeten instellen om er zich van te vergewissen dat er geen sprake was van samenspanning. Aangezien op basis van de feitelijke gegevens van het dossier niet kan worden geconcludeerd dat van samenspanning sprake was, moeten de grieven waarmee verzoekers trachten aan te tonen dat de Commissie GFA had moeten uitsluiten van de aanbestedingsprocedure, worden afgewezen.

93 Aangaande de vraag of de Gemeenschap aansprakelijk kan worden gesteld voor de vastgestelde onrechtmatigheid, zij eraan herinnerd dat het beslissende criterium om

te bepalen of sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht bestaat in de kennelijke en ernstige miskenning door de betrokken gemeenschapsinstelling van de grenzen die aan haar beoordelingsbevoegdheid zijn gesteld (arresten Brasserie du Pêcheur en Factortame, reeds aangehaald, punt 55, en Bergaderm en Goupil/Commissie, reeds aangehaald, punt 43). Gelet op de hiervóór aangehaalde omstandigheden van het belangenconflict en het gevaar voor fraude dat hierin schuilt, moet worden vastgesteld dat de Commissie zich schuldig heeft gemaakt aan een kennelijk en ernstig verzuim waarvoor de Gemeenschap derhalve aansprakelijk is.

2. *De schade en het causaal verband*

94 Verzoekers beweren in verschillende opzichten schade te hebben geleden, namelijk:

— schade tijdens de aanbestedingsprocedure;

— winstderving;

— verlies van „profiel";

— aantasting van de goede naam van AFCon en haar bestuurders Mc Mullin en O'Grady.

a) De vergoeding van de schade als gevolg van de door de deelneming aan de aanbestedingsprocedure geleden verliezen

Argumenten van partijen

95 Verzoekers vorderen vergoeding van de schade als gevolg van de door hun deelneming aan de aanbestedingsprocedure geleden verliezen. Het gaat daarbij om de uitgaven die AFCon onnodig heeft gedaan door de indiening van haar offerte en om de uitgaven in verband met de klachten die zij bij de Commissie en de Ombudsman hebben ingediend. Die verliezen omvatten het loon van het bij de ontwikkeling van het project betrokken personeel en alle daardoor gemaakte reis- en verblijfskosten. Verzoekers ramen deze schade op basis van de in de financiële offerte van AFCon vermelde eenheidsprijzen op 82 570 EUR.

96 De Commissie bestrijdt dit betoog. Zij stelt dat AFCon de kosten waarvan zij vergoeding vordert, toch had moeten maken indien de opdracht aan haar was gegund. Bijgevolg gaat het volgens de Commissie niet om schade waarvoor zij aansprakelijk kan worden gesteld.

Beoordeling door het Gerecht

97 In casu moet onderscheid worden gemaakt tussen de lasten en de kosten die zijn gemaakt om deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure en die welke zijn gemaakt om de rechtmatigheid van die procedure te betwisten.

— De kosten met betrekking tot de indiening van de offerte van AFCon

98 Er zij aan herinnerd, dat de marktdeelnemers de economische risico's moeten dragen die, gelet op de omstandigheden van elk individueel geval, inherent zijn aan hun activiteiten. In het kader van een aanbestedingsprocedure omvatten die economische risico's met name de kosten die verband houden met de voorbereiding van de offerte. De aldus gemaakte kosten blijven dus ten laste van de onderneming die heeft besloten aan de procedure deel te nemen, daar de mogelijkheid om mee te dingen naar een opdracht niet de zekerheid van de daaruit voortvloeiende gunning van de opdracht inhoudt. Overeenkomstig dit beginsel bepaalt artikel 24 van het algemene reglement van de aanbestedingen en de gunning van door het Phare- en Tacis-fonds gefinancierde opdrachten, dat de inschrijvers in geval van stopzetting of nietigverklaring van een aanbestedingsprocedure geen recht hebben op schadevergoeding. Hieruit volgt dat de kosten en uitgaven van een inschrijver wegens deelneming aan een aanbesteding in beginsel geen schade kunnen opleveren die in aanmerking komt voor vergoeding. Het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel kunnen zich evenwel tegen toepassing van deze bepaling verzetten indien een schending van het gemeenschapsrecht in het verloop van de aanbestedingsprocedure de kansen van een inschrijver om een opdracht in de wacht te slepen, ongunstig heeft beïnvloed (arresten Gerecht van 17 december 1998, Embassy Limousines & Services/Parlement, T-203/96, Jurispr. blz. II-4239, punten 75 en 97, en 29 oktober 1998, TEAM/Commissie, T-13/96, Jurispr. blz. II-4073, punten 70-72).

99 In casu hebben verzoekers aangetoond dat het gemeenschapsrecht in het verloop van de aanbestedingsprocedure is geschonden. Deze schending heeft de aanbestedingsprocedure fundamenteel aangetast en heeft de kansen van AFCon om de betrokken opdracht in de wacht te slepen ongunstig beïnvloed.

100 Indien de Commissie namelijk onderzoek had verricht naar de banden tussen GFA en A, was zij wellicht tot de conclusie gekomen dat er sprake was van samenspanning, die de uitsluiting van GFA van het verdere verloop van de

aanbestedingsprocedure rechtvaardigde. Ter terechtzitting heeft de Commissie ook toegegeven dat indien dat onderzoek tot een dergelijke uitkomst had geleid, zij GFA een sanctie had moeten opleggen door haar van de procedure uit te sluiten.

101 Met haar besluit de aanbestedingsprocedure voort te zetten zonder een onderzoek in te stellen, heeft de Commissie de offerte van GFA in aanmerking genomen en de opdracht aan dit consortium gegund ondanks concordante aanwijzingen voor een mogelijke samenspanning met een lid van het selectiecomité. Door aldus te handelen, zonder zich ervan te vergewissen dat de deelneming van GFA geen onregelmatigheden vertoonde, heeft de Commissie laatstgenoemde de mogelijkheid geboden verder mee te dingen en heeft zij bijgevolg de kansen van AFCon om de opdracht in de wacht te slepen ongunstig beïnvloed.

102 Het is juist dat elke inschrijver die aan een aanbesteding deelneemt, in beginsel het risico moet aanvaarden dat de uitgaven voor de indiening van zijn offerte te zijnen laste blijven ingeval de opdracht aan een van zijn concurrenten zou worden gegund. De aanvaarding van dit risico berust evenwel op het vermoeden dat voor elke aanbesteding geldt, namelijk dat de Commissie overeenkomstig de in punt 90 in herinnering gebrachte beginselen onpartijdig zal handelen om de gelijkheid van kansen tussen inschrijvers te verzekeren. Door GFA ondanks bovengenoemde aanwijzingen te laten deelnemen en door na te laten een onderzoek in te stellen, heeft de Commissie dit vermoeden doorbroken en de kansen van AFCon rechtstreeks geschaad. Bijgevolg dient de schade die AFCon heeft geleden ten gevolge van de kosten in verband met haar deelneming aan de procedure, te worden vergoed.

103 Verzoekers ramen de omvang van de schade op 31 070 EUR, te weten de kosten van een verkenningsreis in Zuid-Rusland (8 800 EUR), de tijd en de kosten in verband met de voorbereiding van de offerte (14 950 EUR) en de kosten van reizen naar Brussel voor de deelneming aan de twee evaluatiegesprekken (7 320 EUR). Aangezien deze raming niet buitensporig lijkt, dient de schade die AFCon heeft geleden ten gevolge van de uitgaven voor de indiening van haar offerte, op 31 070 EUR te worden bepaald.

— De uitgaven om de rechtmatigheid van de aanbestedingsprocedure te bestrijden

104 Het gaat hierbij om actuele, reële en vaststaande schade, die rechtstreeks voortvloeit uit de onrechtmatigheid van de aan de Commissie verweten handelwijze. Volgens verzoekers bedraagt dit onderdeel van de schade 51 500 EUR en bestaat het uit de volgende elementen:

— middelen besteed aan de diverse klachten en andere procedures dan het onderhavige beroep, die na de gunning van de betrokken overeenkomst aan GFA door AFCon zijn ingeleid (26 500 EUR);

— reiskosten en uitgaven voor vergaderingen in Rusland, Ierland en België met contactpersonen, politici en advocaten (25 000 EUR).

105 Aangaande de uitgaven voor reizen, vergaderingen en advocaten hebben verzoekers geen gegevens aangevoerd waaruit kan worden opgemaakt dat deze uitgaven vergoedbare schade opleveren, en hebben zij geen bewijzen verstrekt tot staving van hun raming. Bij gebrek aan bewijzen kunnen deze uitgaven derhalve niet in aanmerking worden genomen bij de berekening van de geleden schade.

106 Bij de raming van de uitgaven voor de diverse klachten die AFCon bij de Commissie en bij de Ombudsman heeft ingediend, is rekening gehouden met twee aspecten.

107 Het eerste betreft het aantal honorariadagen („fee/days") die AFCon aan de verdediging van haar belangen heeft besteed om de geldigheid van de aanbestedingsprocedure te bestrijden. Voor de periode tussen de kennisgeving aan AFCon van de gunning van de opdracht, op 17 augustus 2000, en het laatste pleidooi dat de Ierse minister voor Europese zaken in februari 2003 bij een lid van de Commissie heeft gehouden ten gunste van AFCon, wordt dit aantal geraamd op 28 honorariadagen. Het honoraria-dagtarief wordt op basis van het door AFCon in haar financiële offerte toegepaste tarief bepaald op 500 EUR. Deze raming is niet buitensporig. Bijgevolg moet de schade van AFCon ten gevolge van de tijd die zij aldus aan de verdediging van haar belangen heeft besteed, worden vastgesteld op 14 000 EUR.

108 Het tweede betreft onderzoeksuitgaven ten belope van 12 500 EUR. Verzoekers hebben evenwel geen enkel gegeven aangevoerd waaruit kan worden opgemaakt wat deze uitgaven precies dekken, noch andere stukken waarmee het bedrag kan worden gestaafd. Het verzoek met betrekking tot deze beweerde onderzoeksuitgaven kan dus niet worden toegewezen.

109 Bijgevolg moet de Commissie worden veroordeeld tot betaling aan AFCon van een bedrag van 14 000 EUR ter vergoeding van de schade ten gevolge van de uitgaven die laatstgenoemde heeft gedaan ter verdediging van haar belangen.

b) De vergoeding van de schade ten gevolge van winstderving

Argumenten van partijen

110 Ter vergoeding van winstderving vorderen verzoekers 25 % van de waarde van de financiële offerte van AFCon, namelijk 741 591 EUR. Dit bedrag stemt beweerdelijk overeen met de winstmarge die AFCon zou hebben geboekt indien de opdracht aan haar was gegund.

111 Bij gebreke van overlegging van bewijsstukken door AFCon maakt de Commissie een voorbehoud bij deze berekening.

Beoordeling door het Gerecht

112 Schade ten gevolge van winstderving veronderstelt dat AFCon recht had op gunning van de opdracht. Zelfs indien de Commissie onderzoek had ingesteld naar de banden tussen A en GFA en had geconcludeerd dat er sprake was van samenspanning die de uitsluiting van GFA van de procedure rechtvaardigde, zou AFCon er niet zeker van zijn geweest dat zij de opdracht zou krijgen.

113 De aanbesteder is immers niet gebonden door het voorstel van het evaluatiecomité, doch beschikt over een aanzienlijke beoordelingsvrijheid ten aanzien van de elementen die in aanmerking worden genomen voor een beslissing tot toewijzing van een opdracht (arrest TEAM/Commissie, reeds aangehaald, punt 76). Verzoekers hebben zich dienaangaande beroepen op een speciaal verslag van de Rekenkamer, nr. 16/2000, over de mededingingsprocedures voor overeenkomsten inzake diensten van de programma's Phare en Tacis, vergezeld van de antwoorden van de Commissie (PB 2000 C 350, blz. 1), waaruit blijkt dat op 120 overeenkomsten die in het kader van deze programma's zijn gesloten, de Commissie 117 maal de aanbeveling van het evaluatiecomité heeft gevolgd. Uit deze statistische gegevens kan evenwel niet worden afgeleid dat de opdracht in casu zeker aan AFCon zou zijn toegewezen indien GFA van de procedure was uitgesloten.

114 Derhalve is de schade ten gevolge van winstderving door AFCon niet reëel en vaststaand, maar hypothetisch. Zij kan dus niet voor vergoeding in aanmerking komen.

c) De vergoeding van de schade ten gevolge van verlies van „profiel"

Argumenten van partijen

115 Verzoekers stellen dat de gunning van de betrokken opdracht AFCon in staat zou hebben gesteld aan andere aanbestedingen deel te nemen. Na de betrokken aanbestedingsprocedure is de activiteit van AFCon evenwel achteruitgegaan. De gunning van de betrokken opdracht aan GFA heeft schade berokkend aan de goede naam en de activiteit van AFCon.

116 AFCon is immers automatisch uitgesloten van latere aanbestedingen. Sinds 2002 heeft AFCon ingevolge de nieuwe toelatingsregels niet kunnen deelnemen aan aanbestedingsprocedures, want deze regels vereisten van de inschrijvers een jaarlijkse omzet en een ervaring die AFCon niet langer bezat.

117 Verzoekers ramen het verlies aan „profiel" voorlopig op 600 000 EUR.

118 De Commissie betwist deze argumenten, die volgens haar niet worden gestaafd.

Beoordeling door het Gerecht

119 De schade waarvan vergoeding wordt gevorderd, berust op de stelling dat de gunning van de betrokken opdracht aan GFA nadien tot een vermindering van de activiteit van AFCon heeft geleid, waardoor zij uiteindelijk de facto is uitgesloten van aanbestedingsprocedures voor opdrachten die vergelijkbaar waren met die welke in de onderhavige zaak aan de orde is. Deze stelling wordt evenwel niet gestaafd.

120 Bijgevolg kan de Commissie voor dit onderdeel van de schade niet aansprakelijk worden gesteld.

d) De vergoeding van de schade ten gevolge van aantasting van de goede naam van AFCon en haar bestuurders

Argumenten van partijen

121 Verzoekers voeren aan dat de goede naam van AFCon is aangetast doordat zij de opdracht niet in de wacht heeft gesleept en door de onregelmatigheden in de aanbestedingsprocedure.

122 De Commissie heeft de technische en professionele deskundigheid van AFCon in diskrediet gebracht. Haar beslissing om niet AFCon te kiezen heeft een grote weerslag gehad aangezien AFCon, na in 27 aanbestedingsprocedures te zijn uitgeschakeld, heeft besloten om niet langer offertes in te dienen voor Phare- en Tacis-projecten.

123 Volgens verzoekers vallen deze mislukkingen samen met de klachten van AFCon met betrekking tot het project FDRUS 9902. Zij verklaren bewijzen te bezitten volgens welke AFCon op een „zwarte lijst" is geplaatst. Dit gedeelte van de schade wordt geraamd op 600 000 EUR.

124 Verzoekers stellen dat deze aantasting van de goede naam van AFCon mede invloed heeft op die van Mc Mullin en O'Grady. Dit gedeelte van de schade ramen zij op 75 000 EUR per persoon.

125 De Commissie betoogt dat de aanspraken van verzoekers niet worden gestaafd en dat talloze andere redenen dan de gunning van de betrokken opdracht aan GFA de tegenslagen van AFCon kunnen verklaren. Zij ontkent het bestaan van een „zwarte lijst". Zij ontkent eveneens dat zij de goede naam van Mc Mullin en O'Grady heeft geschaad.

Beoordeling door het Gerecht

126 Verzoekers hebben geen bewijs geleverd van een zwarte lijst of voor de goede naam van AFCon schadelijke uitlatingen of praktijken die aan de Commissie kunnen worden toegeschreven. Derhalve kan de beweerde schade niet worden beschouwd als actueel, reëel en vaststaand.

127 Om dezelfde redenen moet het betoog met betrekking tot de beweerde aantasting van de goede naam van Mc Mullin et O'Grady worden afgewezen.

e) De intresten

Argumenten van partijen

128 Verzoekers vragen het Gerecht, het bedrag van de toegekende schadevergoeding te verhogen met compensatoire intresten tegen de thans in Ierland geldende jaarlijkse intrestvoet van 8 %.

129 Voorts vorderen verzoekers veroordeling van de Commissie tot betaling van moratoire intresten tegen hetzelfde percentage vanaf de dag van uitspraak van het eindarrest.

Beoordeling door het Gerecht

130 De compensatoire intresten moeten worden berekend vanaf de eerste dag van de maand volgend op die waarin AFCon haar laatste niet-contentieuze stappen heeft ondernomen. Aangezien zij deze stappen in februari 2003 heeft ondernomen, moeten de intresten worden berekend vanaf 1 maart 2003.

131 Blijkens de bijlagen bij het verzoekschrift hebben verzoekers in hun raming van de beweerde schade niet verzocht om toepassing van samengestelde intresten. Bijgevolg moet voor de vereffening van de schuld van de Commissie de methode van de enkelvoudige intresten worden toegepast.

132 Voor de bepaling van het percentage van de compensatoire intresten moet worden uitgegaan van het door de Europese Centrale Bank voor de voornaamste herfinancieringstransacties vastgestelde, gedurende het betrokken tijdvak toepasselijke percentage, vermeerderd met twee punten, hetgeen een jaarlijkse intrestvoet van 4 % oplevert. De schuld van de Commissie ten aanzien van AFCon beloopt op de datum van de uitspraak van het onderhavige arrest 48 605 EUR, intresten inbegrepen.

133 Dit bedrag moet worden verhoogd met moratoire intresten, te rekenen vanaf de uitspraak van het onderhavige arrest tot volledige voldoening. Het percentage van de moratoire intresten wordt berekend op basis van het door de Europese Centrale

Bank voor de voornaamste herfinancieringstransacties vastgestelde, gedurende het betrokken tijdvak geldende percentage, vermeerderd met twee punten. Het bedrag van de intresten wordt berekend volgens de methode van de samengestelde intresten.

**Kosten**

134 Ingevolge artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van verzoekers in de kosten te worden verwezen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

rechtdoende, verklaart:

**1) De Commissie wordt veroordeeld tot betaling aan AFCon van een bedrag van 48 605 EUR, vermeerderd met intresten vanaf de uitspraak van het onderhavige arrest tot volledige voldoening. De intrestvoet wordt berekend**

**op basis van het door de Europese Centrale Bank voor de voornaamste herfinancieringstransacties vastgestelde, gedurende het betrokken tijdvak geldende percentage, vermeerderd met twee punten. Het bedrag van de intresten wordt berekend volgens de methode van de samengestelde intresten.**

2) **Het beroep wordt voor het overige verworpen.**

3) **De Commissie wordt verwezen in de kosten.**

Lindh García-Valdecasas Cooke

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 17 maart 2005.

De griffier

H. Jung

De president van de Vijfde kamer

P. Lindh

Inhoud

Feiten van het geding ..... II - 985

Procesverloop ..... II - 990

Conclusies van partijen ..... II - 991

In rechte ..... II - 992

A — Het verzoek om maatregelen van instructie ..... II - 992

B — Het verzoek om schadevergoeding ..... II - 993

1. De rechtmatigheid van de aan de Commissie verweten handelwijze ..... II - 993

a) De regelmatigheid van de offerte van GFA ..... II - 994

Argumenten van partijen ..... II - 994

Beoordeling door het Gerecht ..... II - 998

b) Het gebruik van onrechtmatige evaluatiecriteria ..... II - 1002

Argumenten van partijen ..... II - 1002

Beoordeling door het Gerecht ..... II - 1003

c) De gevolgen van het belangenconflict ..... II - 1004

Argumenten van partijen ..... II - 1004

Beoordeling door het Gerecht ..... II - 1007

2. De schade en het causaal verband ..... II - 1013

a) De vergoeding van de schade als gevolg van de door de deelneming aan de aanbestedingsprocedure geleden verliezen ..... II - 1014

Argumenten van partijen ..... II - 1014

Beoordeling door het Gerecht ..... II - 1014

— De kosten met betrekking tot de indiening van de offerte van AFCon ..... II - 1015

— De uitgaven om de rechtmatigheid van de aanbestedingsprocedure te bestrijden ..... II - 1017

b) De vergoeding van de schade ten gevolge van winstderving ..... II - 1018

Argumenten van partijen ..... II - 1018

Beoordeling door het Gerecht ..... II - 1019

c) De vergoeding van de schade ten gevolge van verlies van „profiel" ..... II - 1020

Argumenten van partijen ..... II - 1020

Beoordeling door het Gerecht ..... II - 1020

d) De vergoeding van de schade ten gevolge van aantasting van de goede naam van AFCon en haar bestuurders ..... II - 1021

Argumenten van partijen ..... II - 1021

Beoordeling door het Gerecht ..... II - 1022

e) De intresten ..... II - 1022

Argumenten van partijen ..... II - 1022

Beoordeling door het Gerecht ..... II - 1023

Kosten ..... II - 1024