ARREST VAN HET GERECHT (Vierde kamer)

20 september 2011 *

In zaak T-461/08,

Evropaïki Dynamiki — Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, gevestigd te Athene (Griekenland), vertegenwoordigd door N. Korogiannakis en P. Katsimani, advocaten,

verzoekster,

tegen

Europese Investeringsbank (EIB), vertegenwoordigd door C. Gómez de la Cruz en T. Pietilä als gemachtigden, bijgestaan door J. Stuyck, advocaat,

verweerster,

betreffende een beroep krachtens de artikelen 225 EG en 230 EG tot nietigverklaring van het besluit van de Europese Investeringsbank van 31 januari 2008 tot afwijzing van de offerte die verzoekster had ingediend in het kader van een openbare aanbesteding voor diensten, bestaande in de verlening van bijstand bij het onderhouden,

* Procestaal: Engels.

ondersteunen en ontwikkelen van een informaticasysteem, en tot gunning van de opdracht aan een andere inschrijver, alsmede een beroep krachtens de artikelen 225 EG, 235 EG en 288 EG tot schadevergoeding,

wijst

HET GEREGHT (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: I. Pelikánová (rapporteur), kamerpresident, K. Jürimäe en M. van der Woude, rechters,

griffier: N. Rosner, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 17 november 2010,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1 Verzoekster, Evropaïki Dynamiki — Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, een vennootschap naar Grieks recht, is actief op het gebied van informatie- en communicatietechnologie.

2 Bij een aankondiging van opdracht van 13 september 2007, die onder referentie 2007/S 176-215155 in het Supplement op het *Publicatieblad van de Europese Unie* (PB S 176) is bekendgemaakt, heeft de Europese Investeringsbank (EIB) een aanbesteding uitgeschreven voor diensten bestaande in de verlening van „[b]ijstand bij het onderhouden, ondersteunen en ontwikkelen van het frontofficeleensysteem (Serapis)". Volgens de beschrijving in de aankondiging van opdracht en het bestek van de aanbesteding is het „Système efficace et rapide d'accès aux prêts et aux informations de support" (doeltreffend en snel toegangssysteem voor leningen en ondersteunende informatie; Serapis) het webgebaseerde frontofficeprogramma van de EIB op het gebied van leningen. Het is opgezet als een centraal informatiebeheerportaal op het gebied van de kredietverlening voor alle relevante afdelingen van de EIB, waaronder het „directoraat transacties binnen Europa", het „directoraat transacties buiten Europa", het „directoraat risicobeheer", het „directoraat Projecten" en de juridische afdeling. Het ondersteunt het hele kredietverleningsproces, vanaf het aanmaken van een transactie en de kredietwaardigheidsbeoordeling tot het indienen van de zogeheten „note conjointe" (handtekening), waarna het proces wordt geïnitieerd dat in het met „Force Prêts" aangeduide deel van de software van de EIB is voorzien en dat degenen die verantwoordelijk zijn voor dat systeem in staat stelt de lening te administreren en te beheren (Back Office).

3 Volgens de aankondiging van de opdracht zou met de gekozen inschrijver een raamovereenkomst worden gesloten voor de duur van vier jaar, en zouden aan de inschrijver op grond van de raamovereenkomst opdrachten worden verstrekt bestaande in werkopdrachten voor specifieke projecten. In de aankondiging van de opdracht en het bestek was vermeld dat de opdracht zou worden gegund aan de inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving, gelet op de in het bestek vermelde criteria. Dit bestek vermeldde het relatieve gewicht van de gunningscriteria, namelijk 75 % voor technische criteria, waarvan 15 % voor het criterium „kwaliteitsbeheerproces", 45 % voor het criterium „mate van overeenstemming van bekwaamheden en kwalificaties van het voorgestelde personeel" en 15 % voor het criterium „vermogen om een team beschikbaar te stellen uit het eigen personeelsbestand", en 25 % voor het financiële criterium.

4 Bij brief van 31 oktober 2007 zond de EIB alle inschrijvers die om aanvullende inlichtingen met betrekking tot de aanbestedingsprocedure hadden verzocht, een lijst van „Vragen en antwoorden" betreffende die aanbestedingsprocedure.

5 Op 9 november 2007, de uiterste termijn voor ontvangst van inschrijvingen (afdeling IV.3.4 van de aankondiging van de opdracht), diende verzoekster een offerte in.

6 In totaal zijn zeven offertes door de EIB ontvangen en door het evaluatiecomité beoordeeld. Tijdens de eerste twee fasen van de procedure, te weten de uitsluitingsfase (afdeling 6.1 van het bestek) en de selectiefase (afdeling 6.2 van het bestek), is geen van de inschrijvers afgevallen. Tijdens de laatste fase, de vergelijkende evaluatie van de offertes en de gunning van de opdracht (afdeling 7 van het bestek), zijn de offertes van de geselecteerde inschrijvers eerst alleen beoordeeld in het licht van de technische criteria en zijn de inschrijvers die niet aan de in het bestek bepaalde minimumdrempel voldeden, afgewezen, waarna de niet tijdens de technische evaluatie afgewezen offertes zijn beoordeeld in het licht van het financiële criterium. Slechts vijf inschrijvers, waaronder verzoekster, zijn aan de hand van dit laatste criterium beoordeeld; de andere twee inschrijvers behaalden tijdens de technische evaluatie niet de in het bestek bepaalde minimumdrempels. Na de vergelijkende evaluatie van de offertes kende het evaluatiecomité de hoogste totaalscore toe aan Sybase BVBA (hierna: „gekozen inschrijver"), en werd de offerte van verzoekster als tweede geklasseerd. Op basis van de beoordeling van het evaluatiecomité besloot de EIB op 31 januari 2008 tot afwijzing van de offerte van verzoekster en gunning van de opdracht aan de gekozen inschrijver (hierna: „bestreden besluit"), nadat de EIB met deze laatste bepaalde aspecten van zijn offerte had besproken tijdens een bijeenkomst op 29 januari 2008.

7 Op 18 februari 2008 informeerde de EIB schriftelijk alle inschrijvers, behalve verzoekster, dat de opdracht was toegekend aan de gekozen inschrijver.

8 De raamovereenkomst, die op 16 juni 2008 in werking trad, werd door de EIB en de gekozen inschrijver ondertekend op respectievelijk 12 en 17 juni 2008.

9 Nadat verzoekster kennis had genomen van het gunningsbericht dat met referentie 2008/S 144-192307 in het Supplement op het Publicatieblad (PB S 144) was bekendgemaakt, heeft verzoekster bij brief van 31 juli 2008 een klacht ingediend bij de EIB wegens schending van het bepaalde in het bestek en van het aanbestedingsrecht, op grond dat zij niet tijdig van het bestreden besluit in kennis was gesteld. Zij verzocht de EIB de gunningsprocedure en de ondertekening van de raamovereenkomst op te schorten dan wel, zo nodig, die overeenkomst te annuleren. Verzoekster verzocht voorts om gegevens met betrekking tot de aanbestedingsprocedure, in het bijzonder de naam van de gekozen inschrijver, de namen van zijn consortiumpartners en onderaannemers (indien van toepassing), de voor elk gunningscriterium aan verzoeksters offerte en aan die van de gekozen inschrijver toegekende scores, de factoren voor vergelijking van de offerte van verzoekster en die van de gekozen inschrijver, met name de financiële factoren, en een gedetailleerd afschrift van de verslagen van het evaluatiecomité aangaande haar offerte en die van de gekozen inschrijver.

10 In een brief van 1 augustus 2008 heeft de EIB verzoekster informatie verschaft over de weging van de gunningscriteria. De EIB verklaarde verder dat de opdracht aan de gekozen inschrijver was gegund en gaf voor elk van de gunningscriteria aan, hoeveel punten aan de offerte van verzoekster en aan die van de gekozen inschrijver waren toegekend. De EIB gaf aan dat aan de offerte van verzoekster in totaal 22,03 punten (van 35) en aan die van de gekozen inschrijver 29,36 punten (van 35) waren toegekend.

11 Van mening dat zij maar een klein deel van de gevraagde informatie had ontvangen, richtte verzoekster zich op die datum opnieuw bij brief tot de EIB en verzocht haar om een antwoord op alle in de brief van 31 juli gestelde vragen en een motivering van het bestreden besluit, en haar mede te delen of de raamovereenkomst met de gekozen inschrijver reeds was ondertekend. Indien dit niet het geval was, verzocht verzoekster de EIB de ondertekening van de overeenkomst op te schorten in afwachting van een nader onderzoek van haar klacht.

12 De EIB heeft de ontvangst van verzoeksters brief bevestigd op 6 augustus 2008. Bij brief van 14 augustus 2008 erkende de EIB dat het verzuim om verzoekster bij officiële brief op de hoogte te stellen van de uitkomst van de vergelijkende evaluatie van de offertes een „administratieve fout" was en bood zij haar excuses aan. De EIB voegde daaraan toe dat de aanbestedingsprocedure in zijn geheel geldig was en dat de administratieve fout geen wezenlijk vormgebrek opleverde dat de opschorting of de annulering van de met de gekozen inschrijver gesloten raamovereenkomst rechtvaardigde.

13 Op 1 september 2008 zond verzoekster nogmaals een brief aan de EIB waarin zij wees op een aantal onregelmatigheden die haars inziens de aanbestedingsprocedure ongeldig maakten. Volgens verzoekster had de EIB de criteria voor de selectie van inschrijvers en de criteria voor de gunning van de opdracht door elkaar gehaald. Zij stelde bovendien dat de EIB discriminerende of onnauwkeurige criteria had gebruikt, haar plicht had verzuimd om de inschrijvers tijdig op de hoogte te stellen van het gunningsbesluit en hun een „standstill"-termijn te gunnen gedurende welke zij in beroep konden gaan, dat zij een onvoldoende transparante procedure had gevolgd, het beginsel van gelijke behandeling had geschonden, het bestreden besluit niet had gemotiveerd en in de vergelijkende evaluatie van de offertes een formule had gebruikt die tot gevolg had dat het beginsel van de „economisch meest voordelige inschrijving" werd geneutraliseerd en de voorkeur werd gegeven aan de offertes met de hoogste prijzen.

14 Op 10 september 2008 bevestigde de EIB de ontvangst van verzoeksters brief van 1 september 2008 en deelde zij verzoekster mee dat haar brief was doorgeleid naar het klachtenbureau van de EIB ter beoordeling, en dat uiterlijk 27 oktober 2008 een antwoord zou volgen.

15 Op 27 oktober 2008 schreef de EIB verzoekster dat zij de klacht niet meer kon behandelen, daar verzoekster op 6 oktober 2008 bij het Gerecht een procedure aanhangig had gemaakt.

Procesverloop en conclusies van partijen

16 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 6 oktober 2008, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.

17 De EIB heeft haar verweerschrift ingediend op 30 januari 2009.

18 De repliek en dupliek zijn ingediend op respectievelijk 15 april en 15 juni 2009.

19 Op voorstel van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Tweede kamer) bij wijze van maatregel tot organisatie van de procesgang als bedoeld in artikel 64 van zijn Reglement voor de procesvoering, de EIB verzocht aan te geven welke autoriteit binnen de EIB het bestreden besluit had vastgesteld en een kopie van dat besluit dan wel een in de plaats daarvan komend bewijsstuk over te leggen.

20 De EIB heeft binnen de voorgeschreven termijn aan dat verzoek voldaan. Bij brief, neergelegd op 15 december 2009, heeft de EIB aangegeven dat in overeenstemming met haar interne procedures en de destijds geldende praktijk, het besluit was genomen door de directeur van de afdeling Informatie en Technologie, welke afdeling inmiddels was opgegaan in het directoraat-generaal Strategie, en dat het vervolgens voorafgaand aan de ondertekening van de raamovereenkomst met de gekozen inschrijver was bevestigd door de president van de EIB. De EIB legde bovendien een „dossieraantekening" van 31 januari 2008 over, met daarop de referentie SCC/IT/FLA/2008-015/kr (hierna: „dossieraantekening van 31 januari 2008"), houdende het besluit van die directeur om de opdracht aan de gekozen inschrijver te gunnen, alsmede het bij die aantekening gevoegde geconsolideerde beoordelingsformulier van het evaluatiecomité.

21 Bij op 8 januari 2010 neergelegde brief heeft verzoekster haar opmerkingen met betrekking tot de dossieraantekening van 31 januari 2008 ingediend. In het licht van de in die aantekening vervatte informatie heeft verzoekster een nieuw middel aangevoerd.

22 Bij op 26 januari 2010 neergelegde brief heeft de EIB haar opmerkingen ingediend met betrekking tot dat nieuwe middel van verzoekster in voornoemde brief.

23 Bij de wijziging van de samenstelling van de kamers van het Gerecht is de rechter-rapporteur toegevoegd aan de Vierde kamer. Daarop is de onderhavige zaak toegewezen aan die kamer.

24 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Vierde kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan.

25 Ter terechtzitting van 17 november 2010 hebben partijen pleidooi gehouden en geantwoord op de vragen van het Gerecht.

26 Verzoekster vordert dat het Gerecht:

— het bestreden besluit nietig verklaart;

— de EIB veroordeelt tot vergoeding van de schade die zij bij de aanbesteding heeft geleden als gevolg van de onrechtmatigheid van het bestreden besluit, welke schade zij begroot op 1 940 000 EUR;

— de EIB verwijst in de kosten, zelfs ingeval het beroep wordt verworpen.

27 De EIB vordert dat het Gerecht:

— vaststelt dat de vordering tot nietigverklaring ongegrond is;

— de schadevordering niet-ontvankelijk verklaart dan wel, subsidiair, ongegrond verklaart;

— verzoekster verwijst in de kosten.

In rechte

1. *Ontvankelijkheid van het beroep*

28 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat wat de specifieke kwestie van de toepassing in de tijd van de regels waarin de voorwaarden voor de ontvankelijkheid van een beroep zijn neergelegd betreft, het vaste rechtspraak is dat, ten eerste, volgens het beginsel tempus regit actum over de ontvankelijkheid van een beroep moet worden beslist op de grondslag van de voorschriften die bij de instelling van het beroep golden (arrest Hof van 8 mei 1973, Campogrande/Commissie, 60/72, Jurispr. blz. 489, punt 4; zie ook in die zin en naar analogie de beschikking van de president van het

Hof van 22 februari 2008 in de zaak Kozlowski, C-66/08, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 7), en dat, ten tweede, de ontvankelijkheid van een beroep moet worden beoordeeld naar de situatie op het moment waarop het beroep wordt ingesteld, dat wil zeggen de neerlegging van het verzoekschrift (arrest Hof van 18 april 2002, Spanje/Raad, C-61/96, C-132/97, C-45/98, C-27/99, C-81/00 en C-22/01, Jurispr. blz. I-3439, punt 23; arresten Gerecht van 21 maart 2002, Shaw en Falla/Commissie, T-131/99, Jurispr. blz. II-2023, punt 29, en 9 juli 2008, Alitalia/Commissie, T-301/01, Jurispr. blz. II-1753, punt 37).

29 Nu het onderhavige beroep is ingesteld op 6 oktober 2008, moet de ontvankelijkheid ervan worden bezien in het licht van de op dat moment geldende voorschriften, namelijk die van het EG-Verdrag, en niet de overeenkomstige nieuwe bepalingen van het VWEU, dat in werking is getreden op 1 december 2009.

Bevoegdheid van het Gerecht

Argumenten van partijen

30 Verzoekster stelt dat het krachtens artikel 230 EG ingestelde beroep tot nietigverklaring van het bestreden besluit ontvankelijk is. Het aan het EG-Verdrag gehechte Protocol betreffende de statuten van de EIB (hierna: „statuten") voorziet niet in een allesomvattend mechanisme voor de toetsing van de rechtmatigheid van de handelingen van de EIB. Dit betekent evenwel niet dat een dergelijke toetsing niet mogelijk is. In het arrest van 23 april 1986, Les Verts/Europees Parlement (294/83, Jurispr. blz. 1339, punten 23-25), heeft het Hof verklaard dat, daar de Europese Gemeenschap een rechtsgemeenschap is, de handelingen van al haar instellingen onderworpen zijn aan rechterlijke toetsing wanneer deze rechtsgevolgen hebben jegens derden. De EIB is een orgaan, zelfs een instelling van de Gemeenschap in de zin van het EG-Verdrag,

en voor zover de handelingen van de EIB rechtsgevolgen hebben voor derden moeten zij door het Hof kunnen worden getoetst. Dat artikel 230 EG de handelingen van de EIB niet uitdrukkelijk noemt, staat daaraan niet in de weg. Het Hof heeft een dubbel criterium geformuleerd om te bepalen of artikel 230 EG van toepassing is op de handelingen van communautaire autoriteiten en instanties, namelijk of de betrokken autoriteit in artikel 230 EG wordt genoemd, en of haar handelingen al dan niet op passende wijze kunnen worden getoetst.

31 Ook de EIB is van mening dat verzoeksters beroep tot nietigverklaring ontvankelijk is. De EIB verzoekt het Gerecht te verklaren dat het bevoegd is om kennis te nemen van een beroep tot nietigverklaring van een besluit van de EIB strekkende tot afwijzing van een door een persoon ingediende offerte en gunning van de betrokken overheidsopdracht aan een ander persoon, alsook van een vordering tot vergoeding van de schade die zou zijn geleden ten gevolge van dat besluit, daar het Tribunal administratif te Luxemburg zich ten onrechte ter zake bevoegd heeft verklaard bij vonnis van 26 september 2007 (ingeschreven onder nummer 22447), welk vonnis is bekrachtigd bij arrest van de Cour administrative van 21 februari 2008 (ingeschreven onder nummer 23620C). In zijn arrest van 2 december 1992, SGEEM en Etroy/EIB (C-370/89, Jurispr. blz. I-6211), heeft het Hof bevestigd dat het bevoegd is te beslissen op een schadevordering van een onderneming gebaseerd op de vermeende onrechtmatigheid van het besluit van de EIB om een overheidsopdracht niet aan deze onderneming toe te kennen. In zijn arrest van 8 oktober 2008, Sogelma/EBW (T-411/06, Jurispr. blz. II-2771, punten 42 en 43), heeft het Gerecht bovendien onder verwijzing naar de uitspraak in de zaak Les Verts/Europees Parlement (zie punt 30 supra) verklaard dat beslissingen van een orgaan van de Gemeenschap die rechtsgevolgen jegens derden teweegbrengen, in die zaak het Europees Bureau voor wederopbouw (EBW), handelingen zijn waartegen bij het Gerecht beroep kan worden ingesteld. In haar visie dient de EIB derhalve, als communautair bestuursorgaan, op dezelfde wijze te worden behandeld wanneer zij besluiten neemt die rechtsgevolgen jegens derden hebben in de context van openbare aanbestedingsprocedures of verzoeken om toegang tot haar documenten. De EIB meent daarentegen dat het Gerecht niet bevoegd is waar het de uitoefening van haar kredietverleningsactiviteiten betreft, dat wil zeggen wanneer de

EIB op de financiële markten opereert gelijk elke andere bank (beschikking Gerecht van 26 november 1993, Tête e.a./EIB, T-460/93, Jurispr. blz. II-1257, punt 20).

Beoordeling door het Gerecht

32 De partijen in de onderhavige zaak zijn het erover eens dat het Gerecht in casu bevoegd is om dit beroep tot nietigverklaring te behandelen. Daar de bevoegdheid van het Gerecht evenwel een vraag van openbare orde is, kan het Gerecht die vraag ambtshalve in behandeling nemen (zie arrest Gerecht van 15 maart 2005, GEF/Commissie, T-29/02, Jurispr. blz. II-835, punten 72-74 en aldaar aangehaalde rechtspraak; zie voorts in die zin arrest Hof van 6 maart 1979, Simmenthal/Commissie, 92/78, Jurispr. blz. 777, punten 21 en 22). Het Gerecht is derhalve niet gebonden aan het standpunt van partijen met betrekking tot zijn bevoegdheid inzake het onderhavige beroep en dient te beoordelen, nadat partijen zijn gehoord, of het de vraag van de ontvankelijkheid wegens gehele of gedeeltelijke onbevoegdheid te beslissen op het beroep, niet ambtshalve in behandeling moet nemen. Dit geldt temeer nu in casu een nationale rechter zich bevoegd heeft verklaard om de rechtmatigheid te beoordelen van een besluit van de EIB waarbij een door een persoon ingediende offerte is afgewezen en de betrokken overheidsopdracht, die de EIB voor eigen rekening plaatst, aan een ander is gegund.

33 Krachtens de artikelen 5 EG, 10 EG, 297 EG, 307, eerste alinea, EG en het EU-Verdrag, in het bijzonder artikel 5 EU, oefent het Hof zijn bevoegdheden uit onder de voorwaarden en in het kader van de toepassing van de bepalingen van het EG-Verdrag en het EU-Verdrag. De bevoegdheid van het Gerecht is geregeld in artikel 225 van het EG-Verdrag en artikel 140 A van het EGA-Verdrag, zoals nader uitgewerkt in artikel 51 van het Statuut van het Hof van Justitie.

34 De vraag of het Gerecht bevoegd is te beslissen op een beroep dat zowel een vordering tot nietigverklaring van een voor een derde bezwarende handeling van de EIB als een vordering tot vergoeding van de door die partij als gevolg van de vermeende onrechtmatige handeling van de EIB geleden schade omvat, moet worden beantwoord aan de hand van de statuten in de versie die gold ten tijde van de feiten, inzonderheid de eerste alinea van artikel 29 van de statuten, en artikel 225, lid 1, EG, artikel 235 EG, artikel 237 EG en artikel 288, tweede alinea, EG alsook, in voorkomend geval, artikel 230 EG.

35 De eerste alinea van artikel 29 van de statuten bepaalt: „[g]eschillen tussen de [EIB] enerzijds en haar geldgevers, geldnemers of derden anderzijds worden, behoudens de aan het Hof [...] toegekende bevoegdheden, door de bevoegde nationale rechter beslist". Het Hof heeft bovendien verklaard dat noch het EG-Verdrag noch artikel 29 van de statuten zijn bevoegdheid beperken om kennis te nemen van geschillen waarbij de EIB partij is, en dat laatstgenoemd artikel een uitdrukkelijk voorbehoud maakt voor de bevoegdheid van het Hof krachtens het EG-Verdrag (zie in die zin arrest SGEEM en Etroy/EIB, punt 31 supra, punten 17 en 18).

36 Het voorliggende geschil is tussen de EIB en een vennootschap naar Grieks recht waarover zij geen controle heeft en die derhalve moet worden aangemerkt als een derde in de zin van artikel 29, eerste alinea, van de statuten. Volgens de bewoordingen van die bepaling moet aansluiting worden gezocht bij het bepaalde in het EG-Verdrag om vast te stellen of een geschil als het onderhavige onder de bevoegdheid van het Hof dan wel de nationale rechter valt en, in voorkomend geval, of het onder de bevoegdheid van het Hof dan wel het Gerecht valt.

37 Wat om te beginnen het beroep tot nietigverklaring van het bestreden besluit aangaat, is de vraag of het Gerecht dienaangaande bevoegd is, in de eerste plaats en waar het om een bijzondere bepaling gaat, een kwestie van uitlegging van artikel 237 EG gelezen in samenhang met artikel 225, lid 1, EG.

38 Artikel 237 EG luidt als volgt:

„Het Hof van Justitie is bevoegd, binnen de hierna aangegeven grenzen, kennis te nemen van de geschillen betreffende:

a) de uitvoering van de verplichtingen der lidstaten voortvloeiende uit de [statuten]. De raad van bewind van de [EIB] beschikt dienaangaande over de bevoegdheden welke bij artikel 226 aan de Commissie zijn toegekend [artikel 226 EG betreft de niet-nakoming door een lidstaat van een krachtens het EG-Verdrag op hem rustende verplichting];

b) de besluiten van de raad van gouverneurs van de [EIB]. Elke lidstaat, de Commissie en de raad van bewind van de [EIB] kunnen onder de voorwaarden gesteld in artikel 230 [EG] te dezer zake beroep instellen;

c) de besluiten van de raad van bewind van de [EIB]. Beroep tegen deze besluiten kan onder de voorwaarden van artikel 230 [EG] slechts worden ingesteld door de lidstaten of de Commissie, en alleen in geval van schending van de vormvoorschriften bedoeld in artikel 21, leden 2, 5, 6 en 7, van de [statuten];

[...]"

39 Uit artikel 225, lid 1, EG blijkt voorts dat slechts het Hof bevoegd is om kennis te nemen van de in artikel 237 EG bedoelde beroepen.

40 Om vast te stellen of het bestreden besluit onder de werkingssfeer van artikel 237 EG valt, zijn de bevoegdheden van de verschillende organen van de EIB van belang.

41 Artikel 8 van de statuten bepaalt dat de EIB wordt bestuurd en beheerd door een raad van gouverneurs, een raad van bewind en een directie.

42 Volgens artikel 9 van de statuten stelt de raad van gouverneurs de algemene richtlijnen vast met betrekking tot de kredietpolitiek van de EIB en besluit hij, onder andere, tot verhoging van het geplaatste kapitaal van de EIB, keurt hij het door de raad van bewind opgestelde jaarverslag goed, alsmede de jaarbalans en de winst- en verliesrekening, en keurt hij het reglement van orde van de Bank goed, zodat alleen de raad van gouverneurs bevoegd is om de interne werking van de diensten te regelen met het oog op een behoorlijk bestuur (arrest Hof van 10 juli 2003, Commissie/EIB, C-15/00, Jurispr. blz. I-7281, punten 67 e.v.). Volgens artikel 11 van de statuten is het aan de raad van bewind te beslissen over het verstrekken van kredieten en garanties en het aangaan van leningen, de rentevoet vast te stellen voor de verstrekte leningen en de provisie op garanties, toe te zien op een behoorlijk bestuur van de EIB en ervoor te zorgen dat het beheer van de EIB plaatsvindt in overeenstemming met het EG-Verdrag en de statuten en de algemene richtlijnen welke door de raad van gouverneurs worden vastgesteld. Artikel 11, lid 2, zevende alinea, van de statuten bepaalt dat de president van de EIB of, bij zijn ontstentenis, een van de vice-presidenten van de directie, het voorzitterschap van de raad van bewind uitoefent, zonder aan de stemming deel te nemen. Volgens artikel 13 van de statuten is de directie het permanente bestuurscollege van de EIB. De directie behandelt de lopende zaken van de EIB, onder leiding van de president en onder toezicht van de raad van bewind, bereidt de besluiten van de raad van bewind voor en zorgt vervolgens voor de uitvoering van die besluiten. De president van de EIB zit de bijeenkomsten van de directie voor. De leden van de directie zijn slechts aan de EIB verantwoording schuldig. Zij worden door de raad van gouverneurs benoemd op voorstel van de raad van bewind voor de tijd van zes jaar, en zijn hernoembaar.

43 Blijkens het antwoord van de EIB op de vraag van het Gerecht en de dossieraantekening van 31 januari 2008 is het bestreden besluit genomen door de directeur van de afdeling Informatie en Technologie, welke afdeling inmiddels is opgegaan in het directoraat-generaal Strategie. Volgens de EIB is de beslissing nadien bevestigd door de president van de EIB, voordat de raamovereenkomst met de gekozen inschrijver werd ondertekend op 12 en 17 juni 2008 (zie punt 20 supra). Hoewel uit het dossier niet blijkt dat de president van de EIB het bestreden besluit heeft bevestigd, moet dit in het kader van deze procedure als vaststaand worden aangenomen, nu verzoekster dit niet heeft betwist. Daar het bestreden besluit derhalve is genomen „onder leiding" van de president van de EIB, kan daaruit worden afgeleid dat het besluit behoort tot de „lopende zaken" van de EIB in de zin van artikel 13, lid 3, van de statuten en, bijgevolg, tot de bevoegdheidssfeer van de directie (zie in die zin arrest Commissie/EIB, punt 42 supra, punt 66), die met name verantwoordelijk is voor de behandeling van de lopende zaken van de EIB, onder leiding van de president. Er is in casu geen enkele reden om eraan te twijfelen dat de gunning van een voor eigen rekening geplaatste overheidsopdracht tot de „lopende zaken" van de EIB behoort.

44 Het bestreden besluit valt bijgevolg niet onder de bevoegdheidssfeer van de raad van gouverneurs of van de raad van bewind, kan derhalve niet aan een van deze organen van de EIB worden toegerekend en valt daarom niet onder de bijzondere bepalingen van artikel 237 EG.

45 Onderzocht moet nog worden of het Gerecht krachtens de artikelen 225 EG en 230 EG kennis kan nemen van een beroep tot nietigverklaring van een definitieve handeling van de EIB met rechtsgevolgen voor derden.

46 Er moet om te beginnen aan worden herinnerd dat de Gemeenschap een rechtsgemeenschap is in die zin dat noch haar lidstaten, noch haar instellingen ontkomen aan het toezicht op de verenigbaarheid van hun handelingen met het constitutionele

handvest waarop de Gemeenschap is gegrond, namelijk het EG-Verdrag, en dat dit laatste een volledig stelsel van rechtsmiddelen en procedures in het leven heeft geroepen, waarbij het Hof het toezicht op de wettigheid van de handelingen van de instellingen is opgedragen (zie arrest Commissie/EIB, punt 42 supra, punt 75 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Dit strookt eveneens met de doelstelling van artikel 47 van het op 7 december 2000 te Nice vastgestelde Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (PB C 364, blz. 1) (hierna: „Handvest"), hetwelk, hoewel het tot aan de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 geen bindende rechtskracht had, het belang in de communautaire rechtsorde bewijst van de rechten die het bevat (arrest Gerecht van 15 januari 2003, Philip Morris International e.a./Commissie, T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 en T-272/01, Jurispr. blz. II-1, punt 122). Volgens dat artikel heeft eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een eerlijk proces. De EIB is immers dan wel geen gemeenschapsinstelling, maar zij is niettemin een bij het Verdrag opgericht en rechtspersoonlijkheid bezittend gemeenschapsorgaan en is uit dien hoofde onderworpen aan het toezicht van het Hof, met name binnen de termen van artikel 237, sub b, EG (zie arrest Commissie/EIB, punt 42 supra, punt 75 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

47 In de tweede plaats dient rekening te worden gehouden met het feit dat artikel 237 EG een bijzondere regeling bevat die slechts ziet op bepaalde geschillen waarbij de EIB partij is, en bijgevolg een beperkte en aanvullende werking heeft ten opzichte van andere artikelen van het EG-Verdrag, zoals artikel 236 EG (arrest Hof van 15 juni 1976, Mills/EIB, 110/75, Jurispr. blz. 955, punten 16 en 17, en arrest SGEEM en Etroy/EIB, punt 31 supra, punt 17). Bovendien dienen artikel 237 EG en artikel 29, eerste alinea, van de statuten te worden begrepen in het licht van artikel 267 EG, dat bepaalt dat de EIB tot taak heeft „met een beroep op de kapitaalmarkten en op haar eigen middelen bij te dragen tot een evenwichtige en ongestoorde ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt in het belang van de Gemeenschap" en „door zonder winstoogmerk leningen en waarborgen te verstrekken, de financiering van [...] projecten in alle sectoren van het economisch leven [te vergemakkelijken]", alsook in het licht van de in punt 37 supra aangehaalde bepalingen van de statuten, waaruit volgt dat de directie als hoofdtaak heeft de voorbereiding en uitvoering van de besluiten op het gebied van

leningen en garanties die door de raad van bewind zijn genomen overeenkomstig de algemene richtlijnen van de raad van gouverneurs (zie in die zin en naar analogie de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Commissie/EIB, punt 42 supra, punten 75-78). Al sluiten de statuten niet volledig uit dat de directie in het kader van de behandeling van de lopende zaken van de EIB besluiten met rechtsgevolgen voor derden kan nemen, blijkt niettemin uit de bepalingen ervan dat dergelijke besluiten worden vastgesteld of normaliter zouden moeten worden vastgesteld door hetzij de raad van gouverneurs, hetzij de raad van bewind.

48 Dat de directie in artikel 237 EG niet wordt genoemd, weerspiegelt deze verdeling van bevoegdheden binnen de EIB. Omdat de directie in het algemeen geacht wordt bindende besluiten met rechtsgevolgen voor derden in de zin van artikel 29, eerste alinea, van de statuten voor te bereiden — en niet vast te stellen — hebben de opstellers van het EG-Verdrag gemeend dat handelingen van de directie niet aan het toezicht van de rechter hoefden te worden onderworpen. Er kan hier een parallel worden getrokken met artikel 230 EG, dat beroep openstelt tegen definitieve en bindende handelingen van de instellingen en van de ECB met rechtsgevolgen voor derden, maar niet tegen maatregelen die deze handelingen slechts voorbereiden. Het Gerecht stelde in dat verband in punt 18 van de beschikking in de zaak Tête e.a./EIB, punt 31 supra: „de EIB heeft haar oorspronkelijke taak — leningen en waarborgen verstrekken — behouden (zie de artikelen 129 en 130 [EEG], artikel 198 D en 198 E [EG])", en „[t]en aanzien van derden die geen EIB-leningen of EIB-waarborgen genieten, neemt zij dan ook geen besluiten met rechtsgevolgen". Die redenering gaat evenwel niet op wanneer, zoals in casu, de directie een besluit heeft vastgesteld dat definitieve rechtsgevolgen heeft voor een derde. In een rechtsgemeenschap als de Europese Gemeenschap moet het voor de betrokkene mogelijk zijn een dergelijk besluit aan te vechten.

49 In zoverre moet de algemene bepaling van artikel 230 EG worden geacht te worden aangevuld door de bijzondere regeling van artikel 237 EG, die slechts een beperkte draagwijdte heeft en niet ziet op handelingen met definitieve rechtsgevolgen jegens

een derde die de directie vaststelt in het kader van de behandeling van de lopende zaken van de EIB in de zin van artikel 13, lid 3, van de statuten, zoals het bestreden besluit of een beslissing waarbij de toegang tot de administratieve documenten van de EIB wordt geweigerd.

50 In de derde plaats zou het onaanvaardbaar zijn als de EIB — door een creatieve organisatie van haar interne besluitvorming — zich zou kunnen onttrekken aan het door het EG-Verdrag gewenste toezicht van de rechter op de handelingen van de instellingen en andere gemeenschapsorganen die bij het EG-Verdrag zijn opgericht en rechtspersoonlijkheid bezitten, zoals de EIB (zie in die zin en naar analogie de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Commissie/EIB, punt 47 supra, punt 71). Besluiten die formeel binnen de EIB worden genomen door andere organen dan de in artikel 237, sub b en c, EG genoemde, namelijk andere organen dan de raad van gouverneurs of de raad van bewind, moeten derhalve door de rechter kunnen worden getoetst indien zij definitief zijn en rechtsgevolgen hebben voor derden. Krachtens de artikelen 225 EG, 230 EG en 237 EG is het Hof, en in casu het Gerecht, onder meer bevoegd om de rechtmatigheid te toetsen van ieder administratief besluit van de EIB, dus iedere eenzijdige maatregel van de EIB met definitieve rechtsgevolgen jegens derden.

51 In de vierde plaats mogen de functionele en institutionele autonomie van de EIB en haar reputatie als onafhankelijk orgaan op de financiële markten, zoals deze zijn geregeld in het EG-Verdrag, niet in gevaar worden gebracht (arresten Hof van 3 maart 1988, Commissie/EIB, 85/86, Jurispr. blz. 1281, punten 27-30, en 10 juli 2003, Commissie/EIB, C-15/00, punt 42 supra, punt 101 e.v.). De vaststelling van het bestreden besluit houdt evenwel verband met de uitoefening door de EIB van activiteiten die deel uitmaken van de gemeenschapsadministratie en met name betrekking hebben op de activiteiten van die administratie als aanbestedende dienst, en niet behoren tot de activiteiten of transacties van de EIB op het financiële terrein of op de financiële markten. De bevoegdheid van het Gerecht om de rechtmatigheid van een maatregel te toetsen op grond van artikel 225, lid 1, EG en artikel 230 EG, ook al strekt zij verder dan de bevoegdheid van het Hof met betrekking tot besluiten van de raad van bewind van de EIB op grond van artikel 237, sub c, EG, kan in geen geval worden geacht

de functionele en institutionele autonomie die de EIB geniet bij het verstrekken van leningen en waarborgen en de financiering daarvan, onder meer door een beroep te doen op de kapitaalmarkt, dan wel de reputatie of de geloofwaardigheid van de EIB als onafhankelijk orgaan op de financiële markten, te schaden. Buitendien moet worden opgemerkt dat de EIB zelf stelt dat het Gerecht krachtens artikel 225, lid 1, EG en artikel 230 EG inzake het onderhavige beroep tot nietigverklaring bevoegd is. Zij is derhalve niet van mening dat de toetsingsbevoegdheid van het Gerecht in een dergelijke context de functionele en institutionele autonomie die de EIB op grond van het Verdrag en de statuten geniet, in gevaar kan brengen.

52 In het belang van een volle toetsing van de rechtmatigheid van gemeenschapshandelingen moeten derhalve artikel 225, lid 1, EG en artikel 230 EG aldus worden uitgelegd, dat zij er niet aan in de weg staan dat het Gerecht kennis neemt van een beroep tot nietigverklaring van een met de behandeling van de lopende zaken van de EIB verband houdende handeling van de directie die definitieve rechtsgevolgen heeft jegens derden.

53 Wat anderzijds de voorliggende vordering tot schadevergoeding betreft, moet worden opgemerkt dat in de teksten geen specifiek antwoord te vinden is op de vraag of de rechter van de Europese Unie, in dit geval het Gerecht, bevoegd is ter zake van een tegen de EIB ingestelde vordering wegens niet-contractuele aansprakelijkheid. Bij gebreke van specifieke bepalingen is de vraag of het Hof en, in dit geval, het Gerecht, bevoegd is ter zake van de onderhavige tegen de EIB ingestelde schadevordering, een kwestie van interpretatie van artikel 225, lid 1, EG, artikel 235 EG en artikel 288, twee alinea, EG.

54 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat het Hof reeds op basis van artikel 178 EEG-Verdrag en artikel 215, tweede alinea, EEG-Verdrag (nadien artikel 235 EG en artikel 288, twee alinea, EG) heeft vastgesteld dat het bevoegd is om over een tegen de

EIB ingestelde schadevordering te oordelen. Het heeft zijn bevoegdheid gebaseerd op het feit dat de vermeende onrechtmatige gedraging een gevolg was van de uitvoering van een financieringsovereenkomst die de EIB als gemachtigde van de Gemeenschap en voor rekening van de Gemeenschap had gesloten in de uitoefening van bevoegdheden die bepaalde gemeenschapsbepalingen haar ter zake van de toekenning en het beheer van door de communautaire begroting gefinancierd risicodragend kapitaal verlenen, dat de EIB zelf een orgaan is dat krachtens het EG-Verdrag deel uitmaakt van het communautaire kader en dat het handelen of nalaten van de EIB bij de uitvoering van de financieringsovereenkomst aan de Gemeenschap kan worden toegerekend (zie in die zin arresten van 2 december 1992 in de zaak SGEEM en Etroy/EIB, punt 31 supra, punten 4 en 12-15, en 25 mei 1993, SGEEM en Etroy/EIB, C-370/89, Jurispr. blz. I-2583, punt 24). In die context heeft het Hof opgemerkt dat „het woord ‚instellingen' in artikel 215, tweede alinea, EEG-Verdrag niet [mag] worden opgevat, dat het alleen ziet op de in artikel 4, lid 1, EEG-Verdrag genoemde instellingen, doch moet het, gelet op het in [EEG-] Verdrag neergelegde stelsel van niet-contractuele aansprakelijkheid, aldus worden begrepen, dat het ook gemeenschapsorganen als de [EIB] omvat" (arrest van 2 december 1992 in de zaak SGEEM en Etroy/EIB, punt 31 supra, punt 16).

55 Ten tweede moet in aanmerking worden genomen dat het beroep tot schadevergoeding in het kader van het in het EG-Verdrag voorziene stelsel van rechtsmiddelen weliswaar een zelfstandige rechtsgang is, losstaand van het beroep tot nietigverklaring, maar dat in het onderhavige geval niettemin een rechtstreeks verband bestaat tussen de schadevordering en het beroep tot nietigverklaring van het bestreden besluit, daar in het verzoekschrift is gepreciseerd dat „het krachtens de artikelen 235 [EG] en 288 [EG] ingestelde beroep tot schadevergoeding [steunt] op het bestreden onrechtmatige besluit", zodat de schadevordering accessoir aan het beroep tot nietigverklaring lijkt. Bovendien blijkt uit het verzoekschrift dat het beroep tot schadevergoeding strekt tot betaling van een bedrag dat precies overeenkomt met verzoeksters „geraamde brutowinst [...] ingeval het contract aan verzoekster zou zijn gegund", namelijk de rechten die verzoekster ten gevolge van het bestreden besluit zouden zijn onthouden. Het beroep tot schadevergoeding strekt er derhalve in werkelijkheid toe de rechtsgevolgen van het bestreden besluit voor verzoekster te vernietigen, met als gevolg, indien het zou slagen, dat die rechtsgevolgen teniet worden gedaan.

56 Conform vaste rechtspraak (arrest Hof van 26 februari 1986, Krohn Import-Export/Commissie, 175/84, Jurispr. blz. 753, punten 32 en 33; arresten Gerecht van 15 maart 1995, Cobrecaf e.a./Commissie, T-514/93, Jurispr. blz. II-621, punt 59, en 17 oktober 2002, Astipesca/Commissie, T-180/00, Jurispr. blz. II-3985, punt 139) moet met het „rechtstreeks verband" of de „complementariteit" die in het onderhavige geval bestaat tussen het beroep tot nietigverklaring en de schadevordering, alsook met de mate waarin deze laatste accessoir is aan de eerste, rekening worden gehouden in de fase waarin over de ontvankelijkheid van die vorderingen wordt beslist, om te voorkomen dat de schadevordering op kunstmatige wijze wordt ontkoppeld van het beroep tot nietigverklaring, hoewel zij ten opzichte daarvan toch slechts accessoir of complementair is.

57 Ten derde, voor zover de door de EIB aan verzoekster berokkende schade voortvloeit uit de uitoefening door de EIB van activiteiten die een wezenlijk deel uitmaken van de uitoefening van de taken van de gemeenschapsadministratie en met name betrekking hebben op handelen van die administratie als aanbestedende dienst, en die schade derhalve geen gevolg is van de uitoefening door de EIB van haar activiteiten of transacties op het financiële terrein of op de financiële markten, kan niet worden gesteld dat de toetsing die het Gerecht op grond van artikel 225, lid 1, EG, artikel 235 EG en artikel 288, tweede alinea, EG, noodzakelijk acht, de functionele en institutionele autonomie van de EIB dan wel haar reputatie als onafhankelijk orgaan op de financiële markten schaadt. Bovendien stelt de EIB zelf dat het Gerecht krachtens artikel 225, lid 1, EG, artikel 235 EG en artikel 288 EG bevoegd is ter zake van de thans tegen haar ingestelde schadevordering en heeft zij in het geheel niet gesteld dat die toetsing door het Gerecht haar functionele en institutionele autonomie in gevaar zou brengen.

58 Het Gerecht is bijgevolg krachtens artikel 225, lid 1, EG, artikel 235 EG en artikel 288, tweede alinea, EG tevens bevoegd om uitspraak te doen over de tegen de EIB ingestelde schadevordering, wanneer deze accessoir is aan een ontvankelijke vordering tot

nietigverklaring van een handeling van de EIB met definitieve rechtsgevolgen voor een derde.

59 Mitsdien kan het Gerecht het onderhavige beroep in zijn geheel behandelen.

Belang van verzoekster bij het beroep tot nietigverklaring van het bestreden besluit

Argumenten van partijen

60 Desgevraagd heeft de EIB ter terechtzitting bevestigd dat uitvoering is gegeven aan het bestreden besluit, aangezien de raamovereenkomst met de gekozen inschrijver is gesloten en gedeeltelijk is uitgevoerd. De EIB acht zich derhalve niet langer in staat om gevolg te geven aan een nietigverklaring van het bestreden besluit, door bijvoorbeeld de aanbestedingsprocedure te heropenen. De EIB heeft evenwel ook duidelijk gemaakt dat zij niet voornemens is de ontvankelijkheid van het onderhavige beroep te bestrijden op grond dat verzoekster geen belang heeft bij het beroep tot nietigverklaring van het bestreden besluit. Zij heeft bovendien verklaard dat hoewel in theorie overwogen kan worden de afgewezen inschrijver die het beroep heeft ingesteld alsnog recht te doen wedervaren door compensatie te betalen, in casu niet aan de voorwaarden voor een dergelijke compensatie is voldaan, omdat verzoekster niet werkelijk verlies heeft geleden door het bestreden besluit.

61 Verzoekster heeft ter terechtzitting verklaard dat zij met succes een aantal beroepen tot volledige of gedeeltelijke nietigverklaring tegen gunningsbesluiten heeft ingesteld, maar dat de instellingen die de betrokken besluiten hadden genomen niet op

bevredigende wijze op de nietigverklaringen hebben gereageerd. Verzoekster heeft voorts verklaard dat zij een dubbel belang heeft bij het beroep tot nietigverklaring van het bestreden besluit. In de eerste plaats heeft zij, doordat zij deelneemt aan openbare aanbestedingsprocedures, er naar haar mening belang bij dat onrechtmatigheden waarop het bestreden besluit berust, worden vastgesteld teneinde een herhaling van dergelijke onrechtmatigheden te voorkomen. In de tweede plaats stelt zij belang te hebben bij de vaststelling dat die handelingen onrechtmatig zijn om compensatie te verkrijgen.

Beoordeling door het Gerecht

62 Volgens vaste rechtspraak is een door een natuurlijk of rechtspersoon ingesteld beroep tot nietigverklaring slechts ontvankelijk indien de verzoeker belang heeft bij de nietigverklaring van de betrokken handeling. Een dergelijk belang is slechts voorhanden indien de nietigverklaring van die handeling op zichzelf rechtsgevolgen kan hebben en dus de uitkomst van het beroep de verzoeker een voordeel kan opleveren (arrest Gerecht van 10 december 2009, Antwerpse Bouwwerken/Commissie, T-195/08, Jurispr. blz. II-4439, punt 33). Daar het procesbelang een van de ontvankelijkheidsvoorwaarden van openbare orde is, moet het Gerecht ambtshalve nagaan of verzoeksters belang hebben bij de nietigverklaring van de bestreden handeling (zie beschikking Gerecht van 10 maart 2005, Gruppo ormeggiatori del porto di Venezia/Commissie, T-228/00, Jurispr. blz. II-787, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Die rechtspraak is naar analogie van toepassing op vorderingen tot nietigverklaring in het kader van een beroep dat een accessoire schadevordering omvat.

63 In het onderhavige geval moet het Gerecht ambtshalve onderzoeken of de nietigverklaring van het bestreden besluit verzoekster een voordeel kan opleveren, ook al is heropening van de aanbestedingsprocedure niet mogelijk en zijn partijen het er in

casu over eens dat er geen sprake meer van kan zijn dat de EIB verzoekster de betrokken opdracht gunt, aangezien de overeenkomst is ondertekend en gedeeltelijk is uitgevoerd.

64 Blijkens de rechtspraak behoudt een inschrijver belang bij de nietigverklaring van het gunningsbesluit, ook wanneer aan het besluit volledig uitvoering is gegeven ten gunste van anderen die aan dezelfde inschrijving hebben deelgenomen, hetzij om een passend herstel van zijn situatie door de aanbestedende dienst te verkrijgen, hetzij om deze dienst ertoe te bewegen om, ingeval blijkt dat de aanbestedingsprocedure niet aan bepaalde rechtens te stellen eisen voldoet, daarin voor de toekomst de nodige wijzigingen aan te brengen (zie in die zin arrest Simmenthal/Commissie, punt 32 supra, punt 32, en arrest Gerecht van 14 oktober 1999, CAS Succhi di Frutta/Commissie, T-191/96 en T-106/97, Jurispr. blz. II-3181, punt 63).

65 Het feit dat de overeenkomst voor de uitvoering van een overheidsopdracht is ondertekend en zelfs is uitgevoerd vóór de einduitspraak in een bodemprocedure die een afgewezen inschrijver tegen het gunningsbesluit aanspant, en dat er een contractuele relatie bestaat tussen de aanbestedende dienst en de gekozen inschrijver, doet niet af aan de verplichting die, indien de bodemprocedure slaagt, krachtens artikel 233 EG op de aanbestedende dienst rust om de noodzakelijke maatregelen vast te stellen ter verzekering van een afdoende bescherming van de belangen van de afgewezen inschrijver (zie in die zin beschikking van de president van het Gerecht van 10 november 2004, European Dynamics/Commissie, T-303/04 R, Jurispr. blz. II-3889, punt 83).

66 Wanneer op een beroep van een afgewezen inschrijver op een overheidsopdracht de nietigverklaring van het gunningsbesluit volgt, maar de aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure voor de betrokken opdracht niet meer kan heropenen, kan het belang van die inschrijver bijvoorbeeld worden beschermd door een financiële compensatie overeenkomend met het verlies van de kans op het verkrijgen van de opdracht of, indien genoegzaam kan worden vastgesteld dat de opdracht aan de

inschrijver had moeten worden toegekend, de gederfde winst (zie in die zin beschikkingen van de president van het Gerecht van 2 mei 1994, Candiotte/Raad, T-108/94 R, Jurispr. blz. II-249, punt 27, en 20 juli 2000, Esedra/Commissie, T-169/00 R, Jurispr. blz. II-2951, punt 51, en beschikking European Dynamics/Commissie, punt 65 supra, punt 83). Volgens de meest recente rechtspraak kan een economische waarde worden toegekend aan het verlies van de kans op het verkrijgen van een opdracht dat een niet-gekozen inschrijver op de opdracht lijdt ten gevolge van een onrechtmatig besluit (zie in die zin beschikkingen van de president van het Gerecht van 25 april 2008, Vakakis/Commissie, T-41/08 R, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 66 en 67 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 20 januari 2010, Agriconsulting Europe/Commissie, T-443/09 R, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 32-34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

67 In casu heeft verzoekster belang bij het beroep tot nietigverklaring van het bestreden besluit teneinde van de EIB op grond van de in artikel 233, eerste alinea, EG neergelegde verplichting een passend herstel van haar situatie te verkrijgen, die in voorkomend geval kan bestaan in een financiële compensatie overeenkomend met haar verlies van de kans op het verkrijgen van de opdracht. Alhoewel verzoekster een schadevordering heeft ingesteld die zou kunnen resulteren in de betaling van een geldsom bij wijze van schadevergoeding, heeft die vordering geen betrekking op het verlies van de kans op het verkrijgen van de opdracht, maar op de derving van inkomsten gelijk aan de winst die zij zou hebben gemaakt indien zij de opdracht had uitgevoerd (zie hierna, punt 210). Daaruit volgt dat die schadevordering zou kunnen worden afgewezen zonder dat dit eraan in de weg staat dat verzoekster, in voorkomend geval, financiële compensatie verkrijgt voor het verlies van de kans op het verkrijgen van de opdracht als passend herstel van haar situatie overeenkomstig artikel 266, tweede alinea, VWEU.

68 Mitsdien kan het beroep tot nietigverklaring, indien het gegrond wordt verklaard, een voordeel voor verzoekster opleveren, zodat zij belang heeft bij haar beroep tot nietigverklaring van het bestreden besluit.

Niet-betwisting van de tijdens de aanbestedingsprocedure bij de vergelijkende evaluatie van de offertes gebruikte formule

Argumenten van partijen

69 De EIB stelt dat verzoekster de bij de vergelijkende evaluatie van de offertes gebruikte formule niet kan betwisten, nu zij dat niet tijdig heeft gedaan, namelijk vóór de sluitingstermijn voor inzending van de offertes.

70 Verzoekster stelt dat het Gerecht dit ontvankelijkheidsbezwaar van de EIB moet verwerpen.

Beoordeling door het Gerecht

71 Dit ontvankelijkheidsbezwaar heeft in feite betrekking op het derde en vierde middel van het beroep tot nietigverklaring, waarmee verzoekster aanvoert dat het gunningscriterium „vermogen om een team beschikbaar te stellen uit het eigen personeelsbestand" onrechtmatig is, alsook op het vijfde middel van het beroep tot nietigverklaring, waarmee verzoekster aanvoert dat het aan de gunningscriteria toegekende relatieve gewicht, te weten 75 % voor de technische criteria en 25 % voor het financiële criterium, onrechtmatig is.

72 Het is juist dat met de stelling dat de bij de vergelijkende evaluatie van de offertes gebruikte formule onrechtmatig is, verzoekster als accessoir punt de rechtmatigheid van het bestek betwist. De vraag die in casu derhalve aan de orde is, is of een op een aanbesteding betrekking hebbend document, zoals een bestek, een handeling is

waartegen een rechtstreeks beroep mogelijk is krachtens artikel 230, vierde alinea, EG en derhalve of verzoekster op grond van deze bepaling en binnen de in de vijfde alinea daarvan vastgestelde termijn van twee maanden tegen het bestek had moeten opkomen.

73 Het bestek kan niet worden aangemerkt als een handeling die iedere inschrijver individueel raakt. Het bestek is namelijk, net als alle andere door de aanbestedende dienst opgestelde aanbestedingsdocumenten, van toepassing op objectief bepaalde situaties en heeft rechtsgevolgen voor op algemene en abstracte wijze omschreven categorieën van personen. Het heeft derhalve een algemeen karakter en de individuele mededeling ervan door de aanbestedende dienst aan de inschrijvers kan dus niet worden geacht elk van deze inschrijvers ten opzichte van iedere andere persoon te individualiseren in de zin van artikel 230, vierde alinea, EG (arrest Gerecht van 21 mei 2008, Belfass/Raad, T-495/04, Jurispr. blz. II-781, punten 36-42).

74 In casu was het bestreden besluit dan ook de eerste handeling waartegen verzoekster kon opkomen, en daarmee de eerste handeling die haar in staat stelde om incidenteel op te komen tegen de rechtmatigheid van de in de vergelijkende evaluatie van de offertes gebruikte formule zoals door de EIB omschreven in het bestek.

75 De EIB stelt daarom ten onrechte dat de betwisting door verzoekster in de onderhavige procedure bij wege van incident — volgens hetwelk de in de vergelijkende evaluatie van de offertes gebruikte formule, zoals door de EIB omschreven in het bestek, onrechtmatig was — tardief is.

76 Bijgevolg zijn het derde, het vierde en het vijfde middel van het beroep tot nietigverklaring ontvankelijk en moet het door de EIB in dat verband aangevoerde ontvankelijkheidsbezwaar worden verworpen.

Stelling dat de schadevordering onduidelijk is

Argumenten van partijen

77 Volgens de EIB volgt uit de voorwaarden van artikel 44, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering dat de schadevordering niet-ontvankelijk is, nu het verzoekschrift in deze zaak geen melding maakt van de drie voorwaarden van artikel 288, tweede alinea, EG die moeten zijn vervuld wil er sprake zijn van niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap, en verzoekster niet heeft gesteld dat aan die voorwaarden is voldaan. Het verzoekschrift is onduidelijk met betrekking tot de gestelde onrechtmatigheden waarop de aanbestedingsprocedure zou berusten, het causale verband tussen die onrechtmatigheden en de door verzoekster gestelde schade, en de aard en het precieze bedrag van de gevorderde schadevergoeding. In het licht van de toepasselijke rechtspraak (arrest Hof van 2 december 1971, Zuckerfabrik Schöppenstedt/Raad, 5/71, Jurispr. blz. 975, en arrest Gerecht van 23 september 1994, An Taisce en WWF UK/Commissie, T-461/93, Jurispr. blz. II-733, punten 42 en 43) moet bijgevolg een dergelijke vordering niet-ontvankelijk worden verklaard.

78 Verzoekster stelt in wezen dat er geen sprake is van schending van artikel 44, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering en dat in het verzoekschrift het bewijs is vervat op basis waarvan de in artikel 288, tweede alinea, EG genoemde drie voorwaarden kunnen worden geïdentificeerd die voor het ontstaan van niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap moeten zijn vervuld.

Beoordeling door het Gerecht

79 Ingevolge artikel 21 van het Statuut van het Hof en artikel 44, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering moet elk verzoekschrift het voorwerp van het

geschil en een summiere uiteenzetting van de aangevoerde middelen bevatten. Deze uiteenzetting dient zo duidelijk en precies te zijn dat de verweerder zijn verweer kan voorbereiden en het Gerecht uitspraak kan doen op het beroep, eventueel zonder bijkomende informatie. Teneinde de rechtszekerheid en een goede rechtsbedeling te waarborgen, is het voor de ontvankelijkheid van een beroep noodzakelijk dat de essentiële feitelijke en juridische gronden van het beroep — althans summier, maar coherent en begrijpelijk — uit het verzoekschrift zelf blijken (zie arrest Gerecht van 3 februari 2005, Chiquita Brands e.a./Commissie, T-19/01, Jurispr. blz. II-315, punt 64 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

80 Een verzoekschrift strekkende tot vergoeding van de door een gemeenschapsinstelling of een ander gemeenschapsorgaan of -instantie veroorzaakte schade voldoet aan deze voorwaarden slechts wanneer het gegevens bevat die het mogelijk maken te bepalen welke gedraging de verzoeker aan de instelling, het orgaan of de instantie verwijt, de redenen waarom de verzoeker meent dat er tussen die gedraging en de gestelde schade een oorzakelijk verband bestaat, alsmede de aard en de omvang van die schade (zie arresten Gerecht van 18 september 1996, Asia Motor France e.a./Commissie, T-387/94, Jurispr. blz. II-961, punt 107, en 10 juli 1997, Guérin automobiles/Commissie, T-38/96, Jurispr. blz. II-1223, punt 42, en arrest Chiquita Brands e.a./Commissie, punt 79 supra, punt 65 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

81 In het verzoekschrift staat dat „de krachtens de artikelen 235 en 288 [EG] ingestelde schadevordering [steunt] op het bestreden onrechtmatige besluit [...] waartegen met dit beroep wordt opgekomen". Hieruit volgt dat die vordering duidelijk is gebaseerd op de vermeende onrechtmatigheden waarnaar het verzoek tot nietigverklaring verwijst. In het verzoekschrift staat verder: „verzoekster vordert [...] een financiële compensatie van 50 % van 3,88 miljoen EUR = 1,94 miljoen EUR door de EIB, overeenkomend met de geraamde brutowinst uit de [...] procedure van openbare aanbesteding ingeval het contract aan verzoekster zou zijn gegund". Hieruit volgt dat het verzoekschrift de gegevens verschaft op basis waarvan de aard en de omvang van de gestelde schade kan worden vastgesteld. Verzoekster licht bovendien in het verzoekschrift toe op welke wijze dat bedrag is berekend. Ondanks dat verzoekster niet een specifiek

deel van het verzoekschrift aan de kwestie van het causaal verband tussen de gestelde onrechtmatigheden en de gestelde schade wijdt, bevat het verzoekschrift informatie aan de hand waarvan kan worden vastgesteld op welke gronden verzoekster meent dat een causaal verband bestaat tussen het onrechtmatig handelen en de gestelde schade: het causaal verband zou namelijk zijn gelegen in het feit dat het bestreden besluit eraan in de weg stond dat haar de opdracht werd gegund en zij een raamovereenkomst met de EIB voor de uitvoering van die opdracht kon sluiten.

82 In die omstandigheden acht het Gerecht de schadevordering ontvankelijk en verwerpt het het door de EIB in dat verband opgeworpen ontvankelijkheidsbezwaar.

2. *Ten gronde*

Toepasselijk recht

Argumenten van partijen

83 Verzoekster is van mening dat de EIB, als aanbestedende dienst, dient te handelen volgens het bepaalde in de „Guide to Procurement — Guide for the procurement of services, supplies and works by the EIB for its own account" (hierna: „aanbestedingsgids") in de ten tijde van de feiten geldende versie, en zich dient te houden aan de voor aanbestedingsprocedures geldende algemene beginselen en wetgeving. Bovendien, hoewel richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van

overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114) als zodanig niet op de aanbestedingsprocedures van de EIB van toepassing is, blijkt uit de inleiding van de aanbestedingsgids dat die richtlijn een passend referentiekader vormt voor de beoordeling van de bepalingen van de aanbestedingsgids, die op die richtlijn zijn geïnspireerd. Daarbij heeft het Gerecht reeds uitgemaakt dat het de rechtmatigheid van een besluit van de Commissie tot gunning van een opdracht kan toetsen aan richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB 1992, L 209, blz. 1), zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997 tot wijziging van de richtlijnen 93/36/EEG en 93/37/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, overheidsopdrachten voor leveringen respectievelijk overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB 1997, L 328, blz. 1) (arrest Gerecht van 12 maart 2008, Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-345/03, Jurispr. blz. II-341, punt 206).

84 Volgens de EIB is richtlijn 2004/18 niet op haar van toepassing en heeft de rechtspraak op het gebied van aanbestedingsprocedures slechts op haar betrekking voor zover het daarbij gaat om de uitlegging van als zodanig van toepassing zijnde bepalingen. Blijkens de rechtspraak (arrest Sogelma/EAR, punt 31 supra, punt 115, en arrest Gerecht van 10 september 2008, Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-59/05, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 46 en 47) zijn richtlijn 2004/18 en richtlijn 92/50, die zij intrekt en vervangt, niet van toepassing op de procedure voor de plaatsing van overheidsopdrachten voor eigen rekening door een gemeenschapsinstelling, -orgaan of -instantie, tenzij in hun bepalingen uitdrukkelijk is bepaald dat zij van toepassing zijn op die instellingen, organen of instanties.

Beoordeling door het Gerecht

85 De argumenten van partijen doen de vraag rijzen welke regels van toepassing zijn op de gunning van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, leveringen en dienstverlening die de EIB voor eigen rekening, onder bezwarende titel en met een beroep op haar eigen middelen plaatst.

86 De EIB is financieel autonoom in die zin dat zij volgens artikel 267 EG haar taak vervult „met een beroep op de kapitaalmarkten en op haar eigen middelen" (zie in die zin arrest Commissie/EIB, punt 42 supra, punten 101 en 128), en niet op de gemeenschapsbegroting, alhoewel zij als gemachtigde van en namens de Gemeenschap middelen uit die begroting moet beheren en zij derhalve haar activiteiten gedeeltelijk met gemeenschapsmiddelen verricht. In casu betreft het beroep evenwel een aanbestedingsprocedure die met eigen middelen van de EIB is gefinancierd.

87 Een dergelijke procedure valt niet onder de bepalingen van titel IV van deel II van verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 van de Raad van 25 juni 2002 houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen (PB 2002, L 248, blz. 1), zoals gewijzigd (hierna: „Financieel Reglement"), noch, a fortiori, onder de bepalingen van titel III van deel II van verordening (EG, Euratom) nr. 2342/2002 van de Commissie van 23 december 2002 tot vaststelling van uitvoeringsvoorschriften van verordening nr. 1605/2002 (PB 2002, L 357, blz. 1), zoals gewijzigd (hierna: „uitvoeringsvoorschriften"). Die bepalingen zijn immers slechts van toepassing op „de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen", en blijkens artikel 88, lid 1, van het Financieel Reglement zijn de enige overheidsopdrachten die onder dat reglement vallen, overeenkomsten die geheel of gedeeltelijk gefinancierd worden uit de algemene communautaire begroting (arrest Gerecht van 8 mei 2007, Citymo/Commissie, T-271/04, Jurispr. blz. II-1375, punt 121).

88 De aanbestedingsprocedures van de EIB moeten echter wel in overeenstemming zijn met de fundamentele regels van het EG-Verdrag en de algemene rechtsbeginselen inzake, met name, het vrij verkeer van goederen (artikel 28 EG), het recht van vestiging (artikel 43 EG), het vrij verrichten van diensten (artikel 49 EG), non-discriminatie en gelijke behandeling, transparantie en evenredigheid. Volgens vaste rechtspraak met betrekking tot aanbestedingsprocedures van de Gemeenschap is de aanbestedende

dienst onderworpen aan de fundamentele regels van het EG-Verdrag, de algemene rechtsbeginselen en de doelstellingen van het Handvest.

89 Bovendien, ook al zijn de richtlijnen betreffende de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten slechts van toepassing op overeenkomsten die worden aangegaan door de organen of aanbestedende diensten van de lidstaten, en zijn zij niet rechtstreeks van toepassing op door het gemeenschapsbestuur geplaatste overheidsopdrachten, kan jegens dit bestuur een beroep worden gedaan op de in die richtlijnen neergelegde of daaruit voortvloeiende regels of beginselen, wanneer deze simpelweg een bijzondere uitdrukking zijn van fundamentele regels van het EG-Verdrag en algemene rechtsbeginselen die rechtstreeks op het gemeenschapsbestuur van toepassing zijn (zie in die zin arrest Hof van 9 september 2003, Rinke, C-25/02, Jurispr. blz. I-8349, punten 25-28). In een rechtsgemeenschap is de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht een fundamenteel vereiste (arrest Hof van 6 december 2005, ABNA e.a., C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, Jurispr. blz. I-10423, punt 104), en moet eenieder het beginsel van eerbiediging van de wettigheid in acht nemen. De instellingen moeten derhalve, net als iedere andere persoon, de regels van het EG-Verdrag en de algemene rechtsbeginselen die op hen van toepassing zijn respecteren (zie in die zin arrest Hof van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie, C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punten 18-21, en arrest Antwerpse Bouwwerken/Commissie, punt 62 supra, punt 55). Bovendien kan jegens het gemeenschapsbestuur een beroep worden gedaan op de in die richtlijnen neergelegde of daaruit voortvloeiende regels of beginselen, indien het in het kader van de uitoefening van zijn functionele en institutionele autonomie en binnen de grenzen van de bij het EG-Verdrag aan hem bevoegdheid een handeling verricht die voor de regeling van overheidsopdrachten die het voor eigen rekening plaatst, uitdrukkelijk naar bepaalde regels of beginselen in die richtlijnen verwijst, wat als gevolg heeft dat die regels en beginselen volgens het beginsel „patere legem quam ipse fecisti" van toepassing zijn (zie in die zin arresten Hof van 11 juli 1985, Salerno e.a./Commissie en Raad, 87/77, 130/77, 22/83, 9/84 en 10/84, Jurispr. blz. 2523, punten 52, 56 en 57, en 29 april 2004, Commissie/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Jurispr. blz. I-3801, punten 113-115). De betrokken handeling moet voor zover mogelijk worden uitgelegd in de zin van een uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht en eerbiediging van de bepalingen

van het EG-Verdrag en de algemene rechtsbeginselen (zie arresten Hof van 21 maart 1991, Rauh, C-314/89, Jurispr. blz. I-1647, punt 17 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 29 juni 1995, Spanje/Commissie, C-135/93, Jurispr. blz. I-1651, punt 37).

90 Uit de aanbestedingsgids blijkt dat de EIB met het oog op de naleving van „de fundamentele EU-beginselen met betrekking tot openbare aanbestedingen, zoals het beginsel van gelijke behandeling, het non-discriminatiebeginsel en het transparantiebeginsel", heeft besloten tot de invoering van aanbestedingsprocedures die „concurrentie tussen gekwalificeerde inschrijvers en [...] selectie op basis van zowel kosten- als kwaliteitsaspecten" mogelijk maken. De EIB stelt voorts dat „[o]ok al [was richtlijn 2004/18] als zodanig niet van toepassing op de [EIB], zij een passend referentiekader vorm[de] voor de vaststelling van de procedures van de [EIB]". Punt 2.1 van de aanbestedingsgids bepaalt onder meer: „De [EIB] volgt de procedures beschreven in [richtlijn 2004/18] voor de gunning van opdrachten die niet van de toepassing van [richtlijn 2004/18] zijn uitgesloten ingevolge haar bepalingen en die een totale waarde hebben zonder belasting over de toegevoegde waarde (BTW) naar schatting gelijk aan of hoger dan de volgende drempels: a) 206 000 EUR voor opdrachten voor diensten [...]." In de aanbestedingsgids wordt voorts veelvuldig verwezen naar richtlijn 2004/18.

91 De punten 2.4 en 2.5 van de aanbestedingsgids beschrijven nauwkeurig de verschillende fasen van de in punt 2.2.1 van de gids genoemde aanbestedingsprocedure.

92 De aanbestedingsgids geeft in dat verband algemeen toepasselijke regels die rechtsgevolgen sorteren jegens derden, met name derden die bereid zijn om in te schrijven op een overheidsopdracht die geheel of gedeeltelijk uit de eigen middelen van de EIB wordt gefinancierd, en zijn rechtens bindend voor de EIB wanneer zij besluit voor eigen rekening een openbare aanbesteding uit te schrijven (zie in die zin en naar analogie arrest Citymo/Commissie, punt 87 supra, punt 122).

93 Uit het voorgaande volgt dat wanneer de EIB bij haar activiteiten een beroep doet op de kapitaalmarkt of haar eigen middelen, in het bijzonder wanneer zij voor eigen rekening een overheidsopdracht plaatst, zij onderworpen is aan zowel de hierboven in punt 88 genoemde beginselen als aan de bepalingen van de aanbestedingsgids, met name die welke hierboven in punt 91 zijn beschreven, zoals uitgelegd in het licht van de beginselen waaraan deze bepalingen uitvoering moeten geven en, in voorkomend geval, de bepalingen van richtlijn 2004/18 waarnaar zij verwijzen.

Vordering tot nietigverklaring

94 Verzoekster voert ter ondersteuning van haar vordering tot nietigverklaring vijf middelen aan. Het eerste middel betreft in wezen schending van punt 2.5.2 van de aanbestedingsgids, de beginselen van transparantie en gelijke behandeling en het recht op een doeltreffende voorziening in rechte. Het tweede middel betreft in wezen schending van de beginselen van transparantie en behoorlijk bestuur, van de verplichting tot motivering van voor derden bezwarende besluiten en van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte. Het derde middel betreft in wezen schending van het evenredigheidsbeginsel en van de verplichting om gunningscriteria vast te stellen die een objectieve vergelijkende evaluatie van de offertes mogelijk maken. Het vierde middel betreft schending van het beginsel van gelijke behandeling en van de verplichting om in het kader van de vergelijkende evaluatie gunningscriteria te hanteren die niet samenvallen met de selectiecriteria. Het vijfde middel betreft schending van het aanbestedingsrecht, doordat de weging van de gunningscriteria heeft geleid tot de neutralisatie of minimalisering van het „prijseffect" in het bestreden besluit.

95 Bij op 8 januari 2010 neergelegde brief (zie hierboven, punt 21) heeft verzoekster een zesde middel tot nietigverklaring van het bestreden besluit aangevoerd, ontleend aan schending van artikel 99 van het Financieel Reglement en artikel 148, leden 1 en 2, van de uitvoeringsvoorschriften, die elke bespreking tussen de aanbestedende dienst

en de gegadigden of inschrijvers verbieden welke leidt tot een wijziging van de voorwaarden van de opdracht of de oorspronkelijke offerte, alsmede schending van de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en non-discriminatie van artikel 89 van het Financieel Reglement, gelezen in samenhang met punt 18 van de considerans daarvan.

96 Om te beginnen moeten het eerste en het tweede middel tezamen worden onderzocht, daar zij elkaar deels overlappen. Vervolgens moeten het derde en het vierde middel, die elkaar aanvullen, tezamen worden besproken. Ten slotte moet omwille van de doelmatigheid als volgende het zesde middel worden behandeld, voordat het vijfde middel aan bod komt.

Eerste en tweede middel

— Argumenten van partijen

97 Verzoekster verwijt de EIB in haar eerste en tweede middel schending van punt 2.5.2 van de aanbestedingsgids, de beginselen van transparantie en gelijke behandeling, het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, en de verplichting om voor derden bezwarende besluiten te motiveren. Zij stelt in de eerste plaats dat de EIB haar zo spoedig mogelijk en schriftelijk in kennis had moeten stellen van het bestreden besluit en op eigen initiatief dezelfde informatie zonder uitzondering aan alle inschrijvers had moeten zenden, teneinde hen de nodige tijd te gunnen om hun legitieme rechten te kunnen doen gelden. Voorts had de EIB haar binnen een termijn van vijftien dagen na het verzoek daartoe de naam van de gekozen inschrijver moeten meedelen alsmede de redenen voor de afwijzing van de offerte van verzoekster, en had zij het bestreden besluit jegens haar moeten motiveren door haar in kennis te stellen

van de gegevens van het evaluatieverslag over de kenmerken en de voordelen van verzoeksters eigen offerte vergeleken met die van de gekozen inschrijver. Ten slotte had de EIB verzoekster op zijn minst de redenen voor het bestreden besluit moeten geven voordat de onderhavige procedure aanhangig werd gemaakt, om haar in staat te stellen haar recht op een doeltreffende voorziening in rechte zeker te stellen.

98 De EIB stelt dat het eerste middel moet worden afgewezen. De bekendmaking van het bericht van gunning van de opdracht in het Publicatieblad was een officieel middel binnen de communautaire rechtsorde om van het bestreden besluit mededeling te doen aan verzoekster. Het feit dat verzoekster niet afzonderlijk van het bestreden besluit in kennis is gesteld, is een administratieve fout van de eigen diensten van de EIB. De EIB heeft evenwel direct, op 1 augustus 2008, het verzoek om inlichtingen van verzoekster van 31 juli 2008 beantwoord. Hoe dan ook kan volgens vaste rechtspraak de grief betreffende het niet-verstrekken van informatie niet slagen, nu verzoekster op de dag waarop dit beroep aanhangig werd gemaakt, namelijk 6 oktober 2008, bekend was met de redenen waarop het bestreden besluit was gebaseerd. Er is ook geen sprake van schending van het beginsel van gelijke behandeling, daar de vermeende onrechtmatigheid niet van invloed was op het bestreden besluit, gezien het feit dat het evaluatiecomité op basis van de vastgestelde gunningscriteria duidelijk tot de conclusie was gekomen dat de offerte van de gekozen inschrijver veel beter was dan die van verzoekster.

99 Het tweede middel moet volgens de EIB eveneens worden afgewezen. Het bestreden besluit is rechtens genoegzaam gemotiveerd en de gevolgde procedure was in overeenstemming met de bepalingen van de aanbestedingsgids en de rechtspraak op het gebied van aanbestedingsprocedures. Overeenkomstig de rechtspraak en punt 2.5.2 van de aanbestedingsgids heeft verzoekster bij brief van 1 augustus 2008 een gemotiveerde uitleg ontvangen over de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen inschrijver, alsook de naam van de gekozen inschrijver, zodat het bestreden besluit toereikend was gemotiveerd om verzoekster in staat te stellen haar rechten te doen gelden en het Gerecht in staat te stellen zijn toezicht uit te oefenen, met inachtneming van de specifieke omstandigheden van de zaak. Uit die brief blijkt duidelijk dat de offerte van de gekozen inschrijver voor ieder gunningscriterium, met uitzondering

van het financiële criterium, een tweemaal zo hoge score als die van verzoekster had behaald. Ook al had verzoekster voor het financiële criterium een hogere score behaald dan de gekozen inschrijver, dat zou niet beslissend zijn geweest, omdat het financiële criterium slechts 25 % van de totale score uitmaakte.

— Beoordeling door het Gerecht

100 Wanneer het gemeenschapsbestuur een ruime beoordelingsvrijheid geniet, is de naleving van de door de communautaire rechtsorde in bestuurlijke procedures geboden waarborgen van nog fundamenteler belang. Tot die waarborgen behoort met name de verplichting dat het bestuur zijn beslissingen toereikend motiveert. Enkel dan kan de rechter nagaan of voldaan is aan alle feitelijke en juridische vereisten waarvan de uitoefening van de beoordelingsvrijheid afhangt (arrest Hof van 21 november 1991, Technische Universität München, C-269/90, Jurispr. blz. I-5469, punt 14, en arrest Gerecht van 5 maart 2002, Le Canne/Commissie, T-241/00, Jurispr. blz. II-1251, punt 53). Volgens vaste rechtspraak beschikt het gemeenschapsbestuur over een aanzienlijke beoordelingsmarge ten aanzien van de in aanmerking te nemen factoren voor het nemen van een besluit inzake de gunning van een opdracht bij een aanbesteding (arresten Gerecht van 27 september 2002, Tideland Signal/Commissie, T-211/02, Jurispr. blz. II-3781, punt 33, en 6 juli 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium/Commissie, T-148/04, Jurispr. blz. II-2627, punt 47; zie in die zin ook arrest Hof van 23 november 1978, Agence européenne d'interims/Commissie, 56/77, Jurispr. blz. 2215, punt 20).

101 Allereerst moet worden ingegaan op de grieven van verzoekster betreffende schending van de bepalingen van punt 2.5.2 van de aanbestedingsgids, omdat de EIB haar niet zo spoedig mogelijk van het bestreden besluit in kennis heeft gesteld.

102 Punt 2.5.2 van de aanbestedingsgids, dat ziet op „[c]ontacten tussen de [EIB] en gegadigden en inschrijvers", bepaalt: „Nadat eenmaal een besluit is genomen over de aanbestedingsprocedure, stelt de [EIB] alle betrokken partijen zo spoedig mogelijk van dat besluit in kennis."

103 De EIB heeft aan het Gerecht en in haar brief van 14 augustus 2008 aan verzoekster toegegeven dat „verzoekster niet tijdig een officiële brief [heeft] ontvangen waarin zij over de uitkomst van de aanbestedingsprocedure is geïnformeerd", en heeft toegelicht dat „zij na een nauwkeurig onderzoek naar aanleiding van de klacht van verzoekster heeft vastgesteld dat het verzuim was te wijten aan een administratieve fout". De EIB heeft ook toegegeven dat alle inschrijvers, met de betreurenswaardige uitzondering van verzoekster, van het bestreden besluit in kennis zijn gesteld bij brief van 18 februari 2008. Vaststaat dat verzoekster eerst van het bestaan van het bestreden besluit op de hoogte geraakte toen het gunningsbericht op 26 juli 2008 werd gepubliceerd in het Supplement op het Publicatieblad, derhalve meer dan een maand na de ondertekening van de raamovereenkomst, op 12 en 17 juni 2008, en de datum van inwerkingtreding ervan, op 16 juni 2008.

104 In deze omstandigheden heeft de EIB derhalve de bepalingen van punt 2.5.2 van de aanbestedingsgids geschonden doordat zij verzoekster niet zo spoedig mogelijk van het bestreden besluit in kennis heeft gesteld.

105 In de tweede plaats moet de grief van verzoekster worden onderzocht inzake schending van de bepalingen van punt 2.5.2 van de aanbestedingsgids en van de verplichting om voor derden bezwarende besluiten te motiveren, op grond van het feit dat de EIB verzoekster niet de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, noch de naam van de gekozen inschrijver heeft verschaft binnen een termijn van 15 dagen na ontvangst van haar schriftelijke verzoek of, ten laatste, voor het aanhangig maken van het beroep.

106 Punt 2.5.2 van de aanbestedingsgids bepaalt onder andere: „Op verzoek van betrokkene zal de [EIB] binnen een termijn van 15 dagen gerekend vanaf de ontvangst van het schriftelijke verzoek [...] inschrijvers die geldige offertes hebben ingediend in kennis stellen van de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, alsook van de naam van de gekozen inschrijver of de partijen bij de raamovereenkomst."

107 Deze handelwijze beantwoordt aan het doel van de in artikel 253 EG geformuleerde motiveringsplicht, volgens welke de motivering van een bezwarend besluit de rechter in staat moet stellen om de rechtmatigheid ervan na te gaan, en de belanghebbende om te weten waarom de maatregel is genomen, zodat hij zijn rechten geldend kan maken en kan nagaan of de beslissing al dan niet gegrond is (zie naar analogie arresten Gerecht van 24 januari 1992, La Cinq/Commissie, T-44/90, Jurispr. blz. II-1, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak; 8 mei 1996, Adia Interim/Commissie, T-19/95, Jurispr. blz. II-321, punt 32, en 12 juli 2007, Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-250/05, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 68 en 69). Het feit dat in aanbestedingsprocedures de betrokken inschrijvers enkel op hun uitdrukkelijk verzoek een gemotiveerde beslissing ontvangen, beperkt op geen enkele wijze hun mogelijkheid om hun rechten voor het Gerecht geldend te maken. De in artikel 230, vijfde alinea, EG bepaalde beroepstermijn begint immers pas te lopen vanaf de kennisgeving van de gemotiveerde beslissing, op voorwaarde dat de inschrijver zijn verzoek om een gemotiveerde beslissing indient binnen een redelijke termijn, nadat hij kennis heeft genomen van de afwijzing van zijn inschrijving (arrest Adia Interim/Commissie, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

108 Gelet op de aanzienlijke beoordelingsvrijheid waarover de aanbestedende dienst in aanbestedingsprocedures beschikt, dient hij de niet-gekozen inschrijvers op hun verzoek een toereikende motivering te verstrekken, hetgeen vooronderstelt dat hij er in het bijzonder op toeziet dat de door hem meegedeelde motivering alle omstandigheden omvat waarop zijn besluit berust (zie in die zin arrest van 10 september 2008, Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-59/05, aangehaald in punt 84 supra, punt 134).

109 Bij de beoordeling van de motiveringsplicht moet rekening worden gehouden met de informatie waarover de verzoeker op het moment van het instellen van het beroep beschikte (arresten Gerecht van 25 februari 2003, Strabag Benelux/Raad, T-183/00, Jurispr. blz. II-135, punt 58, en Renco/Raad, T-4/01, Jurispr. blz. II-171, punt 96). Anderzijds is het volgens vaste rechtspraak niet toegestaan het besluit pas tijdens de procedure voor de rechter voor het eerst toe te lichten, behoudens uitzonderlijke omstandigheden (zie arrest Gerecht van 20 mei 2009, VIP Car Solutions/Parlement, T-89/07, Jurispr. blz. I-1403, punt 76 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

110 Niet in geschil is dat verzoekster bij brief van 31 juli 2008 heeft verzocht om mededeling van de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen offerte alsook de naam van de gekozen inschrijver. De EIB stelt dat zij dat verzoek heeft beantwoord in haar brief van 1 augustus 2008. Verzoekster heeft na die brief nogmaals bij brief van 1 augustus 2008 om een toelichting verzocht, waarop de EIB in haar brief van 14 augustus 2008 heeft laten weten dat zij verzoekster reeds zo uitgebreid mogelijk had geantwoord, en haar verwees naar het in het Publicatieblad bekendgemaakte gunningsbesluit. Uit het dossier of de argumenten van partijen blijkt niet dat de EIB, voordat dit beroep werd ingesteld, de redenen van het bestreden besluit op andere wijzen dan de voornoemde aan verzoekster heeft meegedeeld.

111 Hieruit volgt dat de motivering van het bestreden besluit die de EIB aan verzoekster heeft verschaft voordat zij het onderhavige beroep instelde en in antwoord op haar verzoek van 31 juli 2008, moet worden gezocht in de brief van de EIB van 1 augustus 2008, de context van het besluit en alle in casu toepasselijke rechtsregels, nu dat besluit binnen een termijn van 15 dagen na ontvangst van het verzoek van verzoekster werd verzonden.

112 Blijkens de brief van 1 augustus 2008 heeft de EIB verzoekster de naam van de gekozen inschrijver meegedeeld, de weging van de gunningscriteria en de opbouw van de punten die na de vergelijkende evaluatie van de offertes respectievelijk aan de offerte van verzoeksters en aan die van de gekozen inschrijver zijn toegekend. Volgens die brief had de offerte van verzoekster 22,03 punten (van 35) behaald, opgebouwd als volgt: 8,75 punten (van 8,75) voor het financiële criterium, 2,85 punten (van 5,25) voor het technische criterium „kwaliteitsbeheerproces", 7,43 punten (van 15,75) voor het technische criterium „mate van overeenstemming van bekwaamheden en kwalificaties van het voorgestelde personeel" en 3 punten (van 5,25) voor het technische criterium „vermogen om een team beschikbaar te stellen uit het eigen personeelsbestand", terwijl de offerte van de gekozen inschrijver 29,36 punten (van 35) had behaald, opgebouwd als volgt: 5,29 (van 8,75) voor het financiële criterium, 4,12

(van 5,25) voor het technische criterium „kwaliteitsbeheerproces", 15,3 punten (van 15,75) voor het technische criterium „mate van overeenstemming van bekwaamheden en kwalificaties van het voorgestelde personeel" en 4,12 punten (van 5,25) voor het technische criterium „vermogen om een team beschikbaar te stellen uit het eigen personeelsbestand".

113 Aan de hand van de door de EIB verstrekte informatie, in de vorm van toegekende punten, kon verzoekster voor elk gunningscriterium een rechtstreekse vergelijking maken van de aan haar offerte toegekende punten met de aan de offerte van de gekozen inschrijver toegekende punten, nu de EIB verzoekster niet slechts de totaalscore van elk van de betrokken offertes had meegedeeld. Deze informatie heeft verzoekster met name in staat gesteld meteen precies vast te stellen waarom haar offerte niet was gekozen, namelijk omdat na de vergelijkende evaluatie van de offertes de totaal door haar offerte behaalde score lager was dan die van de gekozen inschrijver. Ondanks het feit dat zij op het financiële criterium de beste score had behaald, was dit namelijk gelet op de weging van de door de EIB vastgestelde gunningscriteria niet voldoende om de scores van haar offerte op elk van de drie technische gunningscriteria, die lager waren dan de door gekozen inschrijver behaalde scores, te compenseren.

114 Daar het om een aanbestedingsprocedure gaat waarin verzoekster de scherpste offerte heeft ingediend, in de zin dat van alle vergeleken offertes die van haar het goedkoopst was, en haar offerte derhalve is afgewezen enkel op de grond dat de technische merites van de offerte slechter zijn beoordeeld dan die van de offerte van de gekozen inschrijver, kan een dergelijke motivering weliswaar een begin van een verklaring opleveren, maar niet volstaan in het licht van de eis dat de redenering van de instantie waarvan de handeling afkomstig is, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking dient te worden gebracht (zie in die zin arrest VIP Car Solutions/Parlement, punt 109 supra, punten 75 en 76). De brief van 1 augustus 2008 bevat geen enkele informatie met betrekking tot de redenen die volgens de EIB de voor de technische criteria aan de offertes van verzoekster en de gekozen inschrijver respectievelijk toegekende scores rechtvaardigden. Bovendien is op de in die brief vermelde scores geen aanvulling

gegeven in de vorm van een algemeen commentaar waarin de redenen zijn uitgewerkt die de EIB ertoe hebben gebracht aan de offerte van de gekozen inschrijver voor elk van de technische criteria meer punten toe te kennen dan aan die van verzoekster, waardoor de motivering van het bestreden besluit als toereikend had kunnen worden beschouwd (zie in die zin arrest Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-59/05, punt 84 supra, punt 129, en arrest Gerecht van 9 september 2009, Brink's Security Luxembourg/Commissie, T-437/05, Jurispr. blz. II-3233, punt 169).

115 De EIB heeft weliswaar tijdens de procedure toegelicht op welke gronden zij het bestreden besluit heeft genomen, met name het feit dat met betrekking tot de technische criteria „mate van overeenstemming van bekwaamheden en kwalificaties van het voorgestelde personeel" en „vermogen om een team beschikbaar te stellen uit het eigen personeelsbestand", „het grootste probleem [was] de ervaring (of eigenlijk het gebrek aan ervaring) van de consultants van verzoeksters, in de bank-/financiële sector" en dat met betrekking tot het technische criterium „kwaliteitsbeheerproces" de offerte van de gekozen inschrijver „specifieker was" dan de offerte van verzoekster, die „alle noodzakelijk aspecten bestreek, maar [...] in tamelijk algemene en ingewikkelde bewoordingen was beschreven". Dit doet evenwel niet af aan de ontoereikendheid van de oorspronkelijke motivering van het bestreden besluit. De EIB heeft immers geen beroep gedaan op uitzonderlijke omstandigheden ter rechtvaardiging van het feit dat zij verzoekster niet binnen een termijn van 15 dagen na ontvangst van haar verzoek, of in ieder geval voordat zij het beroep instelde, een toereikende motivering heeft doen toekomen.

116 Uit het voorgaande volgt dat het bestreden besluit een motiveringsgebrek vertoont en derhalve niet in overeenstemming is met de bepalingen van punt 2.5.2 van de aanbestedingsgids en, meer in het algemeen, de motiveringsplicht van artikel 253 EG.

117 In de derde plaats moet de grief van verzoekster betreffende schending van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en schending van de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en behoorlijk bestuur worden onderzocht.

118 In verband met de gestelde schending van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte moet allereerst eraan worden herinnerd dat de toegang tot de rechter een van de essentiële aspecten van een rechtsgemeenschap is en in de op het EG-Verdrag gegronde rechtsorde gewaarborgd is doordat dit Verdrag een volledig stelsel van rechtsmiddelen en procedures in het leven heeft geroepen, dat het Hof van Justitie belast met het toezicht op de wettigheid van het bestuur van de Gemeenschap (arrest Les Verts/Parlement, punt 30 supra, punt 23). Het Hof baseert bovendien het recht op een doeltreffende voorziening in rechte voor een bevoegde rechterlijke instantie op de grondwettelijke tradities die de lidstaten gemeen hebben, en op de artikelen 6 en 13 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 (arresten Hof van 15 mei 1986, Johnston, 222/84, Jurispr. blz. 1651, punt 18, en 9 februari 2006, Skafianakis, C-23/04 tot C-25/04, Jurispr. blz. I-1265, punt 28, en arrest Philip Morris International/Commissie, punt 46 supra, punt 121). Ten slotte is het recht op een doeltreffende voorziening in rechte voor eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, nog eens bevestigd in artikel 47 van het Handvest.

119 Bovendien moeten in aanbestedingsprocedures de inschrijvers tegen willekeurige beslissingen van de aanbestedende dienst worden beschermd door te verzekeren dat door die dienst gegeven onrechtmatige beslissingen doeltreffend en zo snel mogelijk kunnen worden getoetst (zie in die zin en naar analogie arrest van 23 december 2009, Commissie/Ierland, C-455/08, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 26).

120 Een volledige rechtsbescherming tegen willekeurige beslissingen van de zijde van de aanbestedende dienst veronderstelt derhalve, ten eerste, de verplichting om alle inschrijvers van het gunningsbesluit in kennis te stellen vóór de sluiting van de overeenkomst, zodat deze daadwerkelijk de mogelijkheid hebben een beroep tot nietigverklaring van dat besluit in te stellen, wanneer aan de voorwaarden daarvoor is voldaan.

121 Voor een dergelijke volledige rechtsbescherming is voorts vereist dat de afgewezen inschrijver over de mogelijkheid beschikt om tijdig de geldigheid van het gunningsbesluit te onderzoeken, hetgeen betekent dat er een redelijke termijn moet liggen

tussen het moment waarop het gunningsbesluit aan de afgewezen inschrijvers wordt meegedeeld, en de sluiting van de overeenkomst, zodat die inschrijvers onder meer een verzoek om voorlopige maatregelen kunnen indienen krachtens de artikelen 242 EG en 243 EG in samenhang met artikel 225, lid 1, EG, en de kortgedingrechter de opschorting van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit kan bevelen in afwachting van een uitspraak van de bodemrechter op het beroep tot nietigverklaring van dat besluit in de hoofdzaak (zie in die zin en naar analogie arrest Hof van 24 juni 2004, Commissie/Oostenrijk, C-212/02, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 21 en 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en arrest Commissie/Ierland, punt 119 supra, punten 27 en 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Het recht op een volledige en daadwerkelijke rechterlijke bescherming brengt mee dat de justitiabelen voorlopige bescherming toekomt, indien deze noodzakelijk is voor de volle werking van de toekomstige definitieve uitspraak, teneinde een lacune in de door de bevoegde rechter verzekerde rechtsbescherming te voorkomen (zie beschikkingen van de president van het Hof van 3 mei 1996, Duitsland/Commissie, C-399/95 R, Jurispr. blz. I-2441, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 23 februari 2001, Oostenrijk/Raad, C-445/00 R, Jurispr. blz. I-1461, punt 111 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

122 Ten slotte moet de aanbestedende dienst, om ervoor te zorgen dat aan de voorwaarde van een doeltreffende voorziening is rechte is voldaan, aan haar motiveringsplicht voldoen (zie hierboven, punt 108) door een toereikende motivering te verschaffen aan elke afgewezen inschrijver die daarom verzoekt, zodat deze laatste die voorziening kan inroepen onder zo goed mogelijke omstandigheden en de mogelijkheid heeft om met volledige kennis van zaken te beslissen of hij er baat bij heeft om zich tot de bevoegde rechter te wenden. De verplichting om een bestreden beslissing te motiveren is namelijk een wezenlijk vormvereiste, dat met name is bedoeld om het recht van de door de handeling benadeelde persoon op een doeltreffende voorziening in rechte te waarborgen (zie in die zin arresten Hof van 28 oktober 1975, Rutili, 36/75, Jurispr. blz. 1219, punten 37-39, en 15 oktober 1987, Heylens e.a., 222/86, Jurispr. blz. 4097, punten 15 en 16).

123 In de thans bestreden aanbestedingsprocedure is niet aan die voorwaarden voldaan. Om te beginnen is het bestreden besluit niet ter kennis gebracht van verzoekster, die daarvan eerst op de hoogte is geraakt nadat het in beginsel al was geïmplementeerd, daar de raamovereenkomst was ondertekend en in werking was getreden. De EIB heeft weliswaar ter terechtzitting gesteld dat verzoekster na de ondertekening van de

raamovereenkomst nog een verzoek tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit had kunnen indienen, maar kon niet de door verzoekster eveneens ter terechtzitting aangevoerde argumenten weerleggen, dat een dergelijk verzoek geen enkele praktische werking meer had nadat de raamovereenkomst was ondertekend en de uitvoering ervan was aangevangen. Bovendien moet rekening worden gehouden met het feit dat de EIB zelf heeft erkend dat zij vanwege de uitvoering van het bestreden besluit, door de ondertekening en daaropvolgende uitvoering van de raamovereenkomst, niet volledig gevolg zou kunnen geven aan een eventuele nietigverklaring ervan en met name niet de aanbestedingsprocedure zou kunnen heropenen (zie punt 60 supra). In casu had verzoekster derhalve een dergelijk verzoek tot schorsing van de tenuitvoerlegging reeds vóór de ondertekening en inwerkingtreding van de raamovereenkomst moeten kunnen doen om nuttige werking te verlenen aan haar beroep in de hoofdzaak, gericht op de toetsing van de onpartijdigheid van de aanbestedingsprocedure en het behoud van haar kans op het sluiten van de overeenkomst met de EIB aan het einde van die procedure. Voorts heeft de EIB, zoals gezegd (zie punt 116 supra), verzoekster geen toereikende motivering van het bestreden besluit verschaft voordat zij haar beroep in de hoofdzaak instelde, dat met name strekt tot de nietigverklaring van het besluit.

124 Hieruit volgt dat de EIB in casu verzoeksters recht op een doeltreffende voorziening in rechte heeft geschonden.

125 Wat voorts de gestelde schending van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie betreft, blijkt uit de vaste rechtspraak op het gebied van aanbestedingsprocedures dat de aanbestedende dienst het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers, dat slechts een bijzondere uitdrukking is van het beginsel van gelijke behandeling, moet naleven (zie in die zin arrest Hof van 13 oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, Jurispr. blz. I-8585, punten 46 en 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Volgens vaste rechtspraak is de aanbestedende dienst gehouden om in elke fase van de aanbestedingsprocedure te handelen overeenkomstig het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers (arrest Commissie/CAS Succhi di Frutta, punt 89 supra, punt 108, en arrest Gerecht van 17 december 1998, Embassy Limousines &

Services/Parlement, T-203/96, Jurispr. blz. II-4239, punt 85) en bijgevolg de gelijke kansen van alle inschrijvers te eerbiedigen (arrest Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-250/05, punt 107 supra, punt 45). Volgens de vaste rechtspraak brengen de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie op grond van nationaliteit ook een transparantieverplichting mee, die inhoudt dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de overheidsopdracht voor mededinging openstaat en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst (arrest Hof van 7 december 2000, Telaustria en Telefonadress, C-324/98, Jurispr. blz. I-10745, punt 62, en arrest Parking Brixen, punt 49).

126 Vaststaat dat de EIB het bestreden besluit onmiddellijk en lang voor de ondertekening van de raamovereenkomst aan de andere afgewezen inschrijvers heeft meegedeeld, en hun aldus de aan verzoekster op onrechtmatige wijze ontzegde mogelijkheid (zie punt 123 supra) heeft geboden om tot aan het moment van de ondertekening van de raamovereenkomst de kortgedingrechter te verzoeken om bij voorlopige voorziening de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit te schorsen, teneinde de werkzaamheid van een rechtsmiddel voor de toetsing van de onpartijdigheid van de aanbestedingsprocedure te waarborgen.

127 Hieruit volgt dat de EIB, door verzoekster het recht op een doeltreffende voorziening in rechte tegen het bestreden besluit te ontzeggen terwijl de andere afgewezen inschrijvers dat recht wel werd geboden, de beginselen van gelijke behandeling en transparantie heeft geschonden.

128 Wat ten slotte de gestelde schending van het beginsel van behoorlijk bestuur betreft, blijkt uit de rechtspraak dat dit beginsel een rechtsregel kan zijn die aan particulieren rechten toekent wanneer het de uitdrukking vormt van specifieke rechten (arrest van 13 november 2008, SPM/Raad en Commissie, T-128/05, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 127).

129 Nu uit het voorgaande duidelijk is geworden dat de EIB de beschermde rechten van verzoekster heeft geschonden door haar het bestreden besluit niet zo snel mogelijk mee te delen en haar niet binnen 15 dagen na ontvangst van haar verzoek en voordat zij dit beroep aanhangig maakte een toereikende motivering van dat besluit te verschaffen, heeft de EIB, door verzoeksters het recht op een doeltreffende voorziening in rechte tegen het bestreden besluit te onthouden, ook in strijd met het beginsel van behoorlijk bestuur gehandeld.

130 Volgens de rechtspraak van het Hof kunnen de vormvoorschriften die beogen te waarborgen dat de voorgenomen maatregelen met de nodige zorgvuldigheid en omzichtigheid worden vastgesteld, als wezenlijk worden aangemerkt (arrest Hof van 21 maart 1955, Nederland/Hoge Autoriteit, 6/54, Jurispr. blz. 217, 231). In openbare aanbestedingsprocedures moeten het recht van een afgewezen inschrijver op een doeltreffende voorziening in rechte tegen het besluit tot gunning van de opdracht aan een andere inschrijver en de daaruit volgende verplichting van de aanbestedende dienst om de afgewezen inschrijver op zijn verzoek de gronden van het besluit mee te delen, worden aangemerkt als wezenlijke vormvoorschriften in de zin van de aangehaalde rechtspraak, aangezien zij bij de totstandkoming van het gunningsbesluit dienen als waarborg dat de onpartijdigheid van de aanbestedingsprocedure die tot het besluit heeft geleid, daadwerkelijk kan worden getoetst.

131 Overeenkomstig de rechtspraak inzake schending van wezenlijke vormvoorschriften moet worden vastgesteld dat de niet-naleving van de wezenlijke vormvoorschriften van het bestreden besluit door de EIB tot nietigverklaring van dat besluit moet leiden (zie in die zin arrest Hof van 30 maart 1995, Parlement/Raad, C-65/93, Jurispr. blz. I-643, punt 21).

132 Bijgevolg slagen het eerste en het tweede middel.

Derde en vierde middel

— Argumenten van partijen

133 Met haar derde middel stelt verzoekster dat de EIB door het gebruik van het gunningscriterium „vermogen om een team beschikbaar te stellen uit het eigen personeelsbestand" het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden, alsmede de verplichting om gunningscriteria te kiezen die een objectieve vergelijkende evaluatie van de offertes mogelijk maken. Door dat gunningscriterium hebben de inschrijvers niet van hun legitieme recht gebruik kunnen maken om onderaannemers in te zetten. Bovendien was de formulering van het criterium te onnauwkeurig om de inschrijvers in staat te stellen vast te stellen welke optimale capaciteit zij moesten offreren om de maximale score te behalen. In de lijst van „Vragen en Antwoorden" blijkt uit de vraag betreffende het maximumniveau van het „vermogen om een team beschikbaar te stellen" en het antwoord van de EIB op die vraag dat zij „geen optimaal aantal [had] bepaald", dat inschrijvers niet konden weten en niet wisten wat zij moesten of konden doen om met betrekking tot dat criterium de beste offerte neer te leggen, en dat het „optimale aantal" werd bepaald door het evaluatiecomité in de fase van de vergelijkende evaluatie van de offertes. Door die werkwijze is de mededinging tussen de inschrijvers verstoord ten voordele van de gekozen inschrijver, de zittende contractant, die over de specifieke door de EIB gebruikte IT-instrumenten beschikte, dan wel de inschrijvers met voldoende capaciteit om geen beroep te hoeven doen op een team van externe deskundigen die konden worden ingezet ingeval de opdracht aan hen zou worden toegekend. Anders dan de EIB stelt, zijn de specifieke IT-instrumenten waarover de gekozen inschrijver beschikt niet bepaald wijdverbreid, daar zij een marktaandeel hebben van slechts 3 % en kennelijk dalende zijn. Verzoekster stelt voorts dat zij over talrijke deskundigen beschikte die aan de wensen van de EIB voldeden, zoals de EIB zelf heeft erkend en ook blijkt uit een in de repliek gevoegde tabel. Zij verzoekt de EIB verder de door de gekozen inschrijver verstrekte anonieme curricula vitae van de

medewerkers te overleggen, zodat hun kwalificaties kunnen worden vergeleken met die van haar eigen deskundigen.

134 Volgens de EIB moet het derde middel worden afgewezen. In de afdelingen 6.4 en 6.5 van het bestek is duidelijk bepaald dat onderaanneming en groepsoffertes zouden worden geaccepteerd, en dat omvatte de inzet van zelfstandige deskundigen. Dat is ook bevestigd in de lijst van „Vragen en Antwoorden", volgens welke medewerkers van onderaannemers in het kader van de aanbesteding zouden worden behandeld als eigen medewerkers van de betrokken inschrijver. De enige, in afdeling 1.3 van het bestek gestelde voorwaarde was dat inschrijvers blijk moesten geven van hun bereidheid om een team te werven dat over de juiste bekwaamheden beschikte. Bovendien was de gekozen inschrijver niet de enige die aan het criterium „vermogen om een team beschikbaar te stellen uit het eigen personeelsbestand" kon voldoen door een beroep te doen op „eigen personeel", aangezien hij niet in het bezit was van alle in de Serapis-toepassing gebruikte IT-instrumenten. De programmeertaal van de toepassing, te weten Java, en de door de gekozen inschrijver ontwikkelde instrumenten, waaronder de „Sybase-serversuite" software en het databasebeheersysteem, zijn welbekend op de markt en er zijn veel deskundigen op dat gebied. Dat blijkt wel uit de door verzoekster overgelegde curricula vitae, met name een curriculum vitae waarin wordt verwezen naar ervaring met de gehele „Sybase-serversuite" software en ook naar uitgebreide kennis van „Java". Bovendien heeft verzoekster zichzelf in haar argumenten of de door haar overgelegde documenten tegengesproken.

135 Met haar vierde middel stelt verzoekster dat de EIB door het gebruik van het gunningscriterium „vermogen om een team beschikbaar te stellen uit het eigen personeelsbestand" het beginsel van gelijke behandeling heeft geschonden, alsook de verplichting om in het kader van de vergelijkende evaluatie van offertes in de gunningsfase uitsluitend criteria te gebruiken die niet van toepassing zijn tijdens de selectiefase. Zoals de EIB in punt 89 van haar verweerschrift heeft verklaard, was dat criterium enkel bedoeld ter controle van „het aantal beschikbare medewerkers van

inschrijver" door bestudering van hun curricula vitae en was het eerder op correcte wijze gehanteerd tijdens de selectiefase. Het criterium kon derhalve niet tijdens de fase van de vergelijkende evaluatie van de offertes en gunning van de opdracht worden gebruikt, op grond van de regel dat de selectieprocedure en de gunningsprocedure duidelijk gescheiden moeten zijn. Bovendien heeft de EIB het beginsel van gelijke behandeling geschonden doordat zij, door dat criterium tweemaal toe te passen, de gekozen inschrijver heeft bevoordeeld, die zich in de beste positie bevond om „een team ter beschikking te stellen" omdat hij tevens de zittende contractant was en beschikte over de specifieke door de EIB gebruikte IT-instrumenten, en een groter aantal potentieel beschikbare deskundigen had.

136 Volgens de EIB moet het vierde middel worden afgewezen. Zij wijst op de ruime beoordelingsvrijheid die zij in de fase van de keuze van de gunningscriteria had. De selectiecriteria, volgens welke inschrijvers ten minste 15 IT-medewerkers moesten hebben die al minstens 2 jaar voor de inschrijver werkzaam waren, en 3 verifieerbare referenties, konden niet worden verward met het gunningscriteria „vermogen om een team beschikbaar te stellen uit het eigen personeelsbestand", aangezien die criteria behoren bij verschillende onderdelen van het bestek. Het overeenkomstig punt 2.5.1.1 van de aanbestedingsgids in afdeling 6.2.2 van het bestek genoemde criterium was als selectiecriterium bedoeld om na te gaan of de inschrijvers aan de minimumeisen ten aanzien van personeel en capaciteit van hun IT-afdeling voldeden, terwijl het overeenkomstig punt 2.5.1.2 van de aanbestedingsgids in afdeling 7.1.1 van het bestek genoemde criterium als gunningscriterium was bedoeld om de bekwaamheden en relevante ervaring van de door de inschrijvers voorgestelde medewerkers te evalueren op basis van hun curricula vitae en de overgelegde competentietabellen, en het vermogen van de inschrijvers om aan de specifieke eisen van de overheidsopdracht te voldoen. De EIB stelt voorts dat verzoekster met haar stelling dat de EIB heeft toegegeven dat zij in strijd met het aanbestedingsrecht had gehandeld, blijk geeft van kwade trouw.

— Beoordeling door het Gerecht

137 Zoals de EIB een aanzienlijke beoordelingsvrijheid heeft met betrekking tot de factoren die in aanmerking worden genomen bij een besluit tot gunning van een opdracht, heeft zij eveneens een ruime beoordelingsbevoegdheid om zowel de inhoud als de uitvoering van de toepasselijke regels voor het gunnen van een opdracht voor eigen rekening te bepalen (zie in die zin en naar analogie arrest van 14 februari 2006, TEACEGOS e.a./Commissie, T-376/05 en T-383/05, Jurispr. blz. II-205, punten 50 en 51). Met haar bevoegdheid om vrij de gunningscriteria te kiezen op basis waarvan zij de door haar te sluiten overeenkomst voor eigen rekening wenst te gunnen, kan de EIB rekening houden met de aard, het onderwerp en de specifieke kenmerken van elke opdracht.

138 Desalniettemin moet ook rekening worden gehouden met de bepalingen van de aanbestedingsgids. Punt 2.5 van de aanbestedingsgids regelt het „[v]erloop van de procedure". Punt 2.5.1 betreft met name het „[o]nderzoek van de geschiktheid en keuze van deelnemers" en de „gunning van opdrachten". Uit dit punt blijkt met name dat „[d]e [EIB] haar opdrachten aanbesteedt op basis van selectie- en gunningscriteria die worden bekendgemaakt in de aankondiging van opdracht en/of het bestek, nadat eerst de geschiktheid van de ondernemers om aan de procedure deel te nemen is beoordeeld".

139 Punt 2.5.1.1 van de aanbestedingsgids, dat de „[s]electiecriteria" betreft, bepaalt dat „[d]eze criteria zijn bedoeld om te bepalen of een ondernemer de vereiste economische en financiële positie en de technische en beroepsbekwaamheid heeft om de opdracht uit te voeren". Het bepaalt verder: „De [EIB] definieert deze criteria in overeenstemming met de artikelen 47 en 48 van [...] richtlijn [2004/18], met inachtneming, in voorkomend geval, van de bepalingen van de artikelen 49 en 50." En ook dat „[d]e [EIB] minimumgeschiktheidseisen kan vaststellen voor de selectie van inschrijvers of gegadigden" en dat „[d]eze minimumeisen worden vermeld in de aankondiging van opdracht".

140 Punt 2.5.1.2 van de aanbestedingsgids, dat de „[g]unningscriteria" betreft, bepaalt onder meer het volgende:

„Deze criteria zijn bedoeld om een keuze te maken tussen de inschrijvers die [aan het einde van de selectieprocedure] niet zijn uitgesloten en die overigens voldoen aan de in de aankondiging van opdracht of in het bestek genoemde selectiecriteria.

De criteria aan de hand waarvan de [EIB] een opdracht gunt, zijn:

a) [...] indien de gunning aan de inschrijver met de, vanuit de optiek van de [EIB], economisch voordeligste inschrijving plaatsvindt (beste prijs-kwaliteit verhouding), verschillende criteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht, zoals de kwaliteit, prijs, de technische waarde, de esthetische en functionele kenmerken, de milieukenmerken, de gebruikskosten, de rentabiliteit, de klantenservice en de technische bijstand, de datum van levering en de termijn voor levering of uitvoering;

[...]

In het hierboven sub a genoemde geval, specificeert de [EIB] in de aankondiging van de opdracht of in het bestek of, bij de concurrentiegerichte dialoog, in het beschrijvende document, het relatieve gewicht dat zij toekent aan elk van de door haar gekozen criteria voor de bepaling van de economisch voordeligste inschrijving. [...]"

141 De hierboven in punt 140 genoemde bepalingen van de aanbestedingsgids moeten verzekeren dat de EIB haar vrijheid ten aanzien van de keuze van gunningscriteria uitoefent in overeenstemming met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie tijdens de fase waarin de offertes voor de gunning van de opdracht worden geëvalueerd (zie in die zin en naar analogie arresten Hof van 20 september 1988, Beentjes, 31/87, Jurispr. blz. 4635, punten 21 en 22, en 12 december 2002, Universale-Bau e.a., C-470/99, Jurispr. blz. I-11617, punten 90-92). Het doel van die bepalingen is alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat te stellen de gunningscriteria op dezelfde wijze te interpreteren, zodat zij een gelijke kans hebben bij het formuleren van hun offerte (zie naar analogie arrest Hof van 18 oktober 2011, SIAC Construction, C-19/00, Jurispr. blz. I-7725, punt 42).

142 Daarnaast zijn die bepalingen bedoeld om de eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel te waarborgen, volgens hetwelk handelingen van de instellingen niet buiten de grenzen mogen treden van hetgeen geschikt en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de nagestreefde doelstellingen, met dien verstande dat, wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich brengt, en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan het nagestreefde doel (arrest Antwerpse Bouwwerken/Commissie, punt 62 supra, punt 57). Hoewel de criteria die de aanbestedende dienst bij de gunning van de opdracht aan de economisch voordeligste inschrijving in aanmerking kan nemen niet limitatief zijn opgesomd in punt 2.5.1.2 van de aanbestedingsgids, en de aanbestedende dienst dus kan kiezen welke gunningscriteria hij het meest geschikt acht, kan die keuze evenwel alleen betrekking hebben op criteria ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieding (zie in die zin en naar analogie arrest Hof van 24 januari 2008, Lianakis e.a., C-532/06, Jurispr. blz. I-251, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak; arrest Renco/Raad, punt 109 supra, punt 66, en arrest Strabag Benelux/Raad, punt 109 supra, punten 73 en 74). Derhalve zijn uitgesloten als „gunningscriteria" criteria die er niet toe strekken om de economisch voordeligste aanbieding vast te stellen, maar die in wezen verband houden met de beoordeling van de geschiktheid van de inschrijvers om de betrokken opdracht uit te voeren (zie in die zin en naar analogie arrest Beentjes, punt 141 supra, punten 15-19; arrest Hof van 19 juni 2003, GAT, C-315/01, Jurispr. blz. I-6379, punten 59-67, en arrest Lianakis e.a., punten 30-32). De kwaliteit van de offertes moet worden beoordeeld aan de hand van de offertes zelf en niet aan de hand van de ervaring die de inschrijvers met de aanbestedende dienst hebben opgedaan bij eerdere overeenkomsten, of aan de hand van criteria zoals de bekwaamheid van de inschrijver om de opdracht uit te voeren,

die van toepassing zijn in de fase van selectie van inschrijvers en niet in aanmerking mogen worden genomen bij de vergelijkende evaluatie van de offertes (arrest Beentjes, punt 141 supra, punt 15, en arrest TQ3 Travel Solutions Belgium/Commissie, punt 100 supra, punt 86).

143 Met haar derde en vierde middel stelt verzoekster in wezen dat het gunningscriterium „vermogen om een team beschikbaar te stellen uit het eigen personeelsbestand" onnauwkeurig, discriminerend en onevenredig was aan het nagestreefde doel, te weten het vaststellen van de economisch voordeligste inschrijving, zodat de keuze van dat gunningscriterium onverenigbaar was met de verplichtingen van de EIB uit hoofde van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, zoals uitgewerkt in punt 2.5.1.2 van de aanbestedingsgids.

144 Opgemerkt moet worden dat het gunningscriterium „vermogen om een team beschikbaar te stellen uit het eigen personeelsbestand" was opgenomen in afdeling 7.1.1 van het bestek, dat de „[t]echnische criteria" betrof en dat vermeldde dat „[h]et vermogen van de inschrijver om een team beschikbaar te stellen met de vereiste bekwaamheden [zou] worden beoordeeld op basis van de in de tabel van beroepsprofielen verstrekte gegevens en [curricula vitae]". Uit de lijst van „Vragen en Antwoorden" blijkt dat de EIB aan de hand van dat technische criterium „[...] wil[de] verzekeren dat de [gekozen inschrijver] niet alleen een toereikend aantal bekwame en ervaren werknemers [had] om een kernteam te vormen, maar ook over voldoende bekwame en ervaren werknemers [kon] beschikken om aan een verdere vraag te voldoen". De EIB heeft in dat verband opgemerkt dat „de tabel van beroepsprofielen een indicatie [zou] geven van de diepte en breedte van de bekwaamheid en ervaring waarover de inschrijver beschikte en waarop de [EIB] een beroep kon doen". Dat strookt met de inhoud van afdeling 4.2 van het bestek, waarin was aangegeven dat de inschrijvers de in de bij het bestek gevoegde tabel van beroepsprofielen voorgestelde medewerkers moesten beschrijven, en dat hun voorstellen in dat verband zouden worden beoordeeld op basis van de ervaring van en het aantal werknemers met de relevante bekwaamheden. Bovendien vermeldde de EIB dat zij „de tabel van beroepsprofielen [...] zou

onderzoeken om te beoordelen of de inschrijver voldoende werknemers [had] met de relevante bekwaamheden en voldoende ervaring om aan [haar] behoeften te voldoen" en dat „[die] beoordeling [gold] voor twee van de technische gunningscriteria: mate van overeenstemming van bekwaamheden en kwalificaties van het voorgestelde personeel en het vermogen om een team beschikbaar te stellen uit het eigen personeelsbestand". De EIB heeft voorts verklaard dat zij geen „optimaal aantal had vastgesteld" met betrekking tot de ter beschikking te stellen medewerkers, met name de binnen het eigen personeelsbestand beschikbare medewerkers om aan bijkomende behoeften van de aanbestedende dienst te voldoen. Ten slotte heeft de EIB verklaard dat „de uitdrukking ‚eigen personeelsbestand' betrekking heeft op medewerkers thans in dienst bij de inschrijver [...] of de opgegeven onderaannemer(s)".

145 Om te beginnen kan verzoekster niet staande houden dat het gunningscriterium „vermogen om een team beschikbaar te stellen uit het eigen personeelsbestand" discriminerend was voor zover het haar belette om onderaannemers in te zetten om aan alle door de EIB gespecificeerde behoeften te voldoen. Uit het bestek en de lijst van „Vragen en Antwoorden" blijkt dat het gebruik van onderaannemers was toegestaan, op voorwaarde dat deze duidelijk als zodanig in de offertes waren aangeduid en dat de inschrijvers was meegedeeld dat de duidelijk geïdentificeerde onderaannemers bij de toepassing van dat gunningscriterium in aanmerking zouden worden genomen.

146 Verzoekster kan evenmin staande houden dat het gunningscriterium „vermogen om een team beschikbaar te stellen uit het eigen personeelsbestand" in de selectiefase is gebruikt. Uit het bestek blijkt dat de inschrijvers in overeenstemming met de selectiecriteria van afdeling 6.2.2 van het bestek simpelweg „3 relevante en verifieerbare referenties van opdrachten die de laatste 2 jaar zijn uitgevoerd op het gebied waarop deze oproep tot inschrijving betrekking heeft" moesten verstrekken, en „[een] ondertekende verklaring dat [de inschrijvers] minstens 15 IT-medewerkers (geen administratief personeel) [hadden] die al minstens 2 jaar voor de inschrijver[s] werken". Dat

selectiecriterium, dat het minimumaantal personen met ervaring en bekwaamheden op het onder de opdracht vallende gebied betrof, verschilde van het betrokken gunningscriterium, dat het vermogen van de inschrijver betrof om voldoende ervaren en bekwame medewerkers op de been te brengen om aan bijkomende behoeften van de aanbestedende dienst te voldoen.

147 Wat ten slotte de keuze van het gunningscriterium „vermogen om een team beschikbaar te stellen uit het eigen personeelsbestand" als zodanig betreft, moet worden opgemerkt dat noch afdeling 2.5.1.2 van de aanbestedingsgids noch de algemene rechtsbeginselen aldus kunnen worden uitgelegd dat elk van de door de EIB gehanteerde gunningscriteria ter bepaling van de economisch voordeligste inschrijving noodzakelijkerwijs kwantitatief moest zijn dan wel uitsluitend moest zijn gericht op de prijzen (zie naar analogie arrest Renco/Raad, punt 109 supra, punten 67 en 68). Verschillende niet zuiver kwantitatieve factoren, zoals het niveau van de medewerkers in dienst of, meer in het algemeen, de technische waarde van de offerte, kunnen van invloed zijn op de uitvoering van een opdracht voor dienstverlening in kwalitatief opzicht en, bijgevolg, op de economische waarde van de offerte van een inschrijver voor die opdracht (zie in die zin arrest Beentjes, punt 141 supra, punt 18, en arrest Hof van 16 september 1999, Fracasso en Leitschutz, C-27/98, Jurispr. blz. I-5697, punt 30).

148 Blijkens de in punt 144 supra genoemde aanbestedingsdocumenten betreft het gunningscriterium „vermogen om een team beschikbaar te stellen uit het eigen personeelsbestand" evenwel met name het vermogen van de medewerkers in dienst bij de inschrijver en zijn met naam genoemde onderaannemers, zoals omschreven in de beroepsprofielentabel, om in de zin van ervaring, kwalificaties en aantal aan eventuele bijkomende behoeften van de aanbestedende dienst te voldoen. Het gaat derhalve om een criterium dat in ieder geval deels ziet op de geschiktheid van de inschrijver om uitvoering te geven aan de gehele opdracht, met inbegrip van zijn capaciteit om aanvullende diensten te verrichten. Een dergelijk criterium is in zoverre geen „gunningscriterium" in de zin van afdeling 2.5.1.2 van de aanbestedingsgids dat enkel ziet op de kwaliteit van de bijkomende diensten die een inschrijver met een beroep op zijn eigen personeelsbestand kan verrichten, en bijgevolg op het relatieve economische voordeel van een inschrijver wat die diensten betreft (zie in die zin en naar analogie

arrest Lianakis e.a., punt 142 supra, punt 31, en arresten Gerecht van 1 juli 2008, AWWW/Eurofound, T-211/07, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 60, en 10 september 2008, Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-465/04, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 65).

149 Bovendien, terwijl het gunningscriterium „vermogen om een team beschikbaar te stellen uit het eigen personeelsbestand" met name was bedoeld om te kunnen bepalen of de inschrijver „voldoende" medewerkers met de relevante bekwaamheden en ervaring had om aan de eisen van de EIB ten aanzien van bijkomende diensten te voldoen, was de formulering ervan vaag en onnauwkeurig, nu met name blijkens afdeling 4.2 van het bestek vooraf geen „optimaal aantal" voor die medewerkers was bepaald en de EIB de inschrijvers dienaangaande geen precieze aantallen heeft verschaft. Afdeling 1.2 van het bestek, betreffende „[o]mschrijving gebied" waarop de opdracht ziet, vermeldt dat een extern team van 10 personen was belast met projectactiviteiten op het gebied van de betrokken IT-activiteiten, en dat er op dat moment 10 lopende projecten waren. Het vermeldt ook dat naar verwachting het volume van met name de projectwerkzaamheden de komende jaren zou afnemen, zodat de potentiële inschrijvers de in het bestek genoemde cijfers als maximumwaarden moesten zien. Meteen daarna werd echter gesteld dat niet kon worden uitgesloten dat nieuwe leenmandaten of specifieke door de EIB goedgekeurde transacties tot nieuwe pieken in de projectwerkzaamheden konden leiden.

150 Daar de gekozen inschrijver degene was die de dienst reeds eerder verrichtte en als zodanig verantwoordelijk was voor ontwikkeling, onderhoud, ondersteuning en projectactiviteiten in verband met de betrokken IT-toepassing, bevond deze zich door zijn ervaring ook in de beste positie om te beoordelen wat de daadwerkelijke behoeften van de EIB zouden zijn in de zin van capaciteit om een team beschikbaar te stellen uit het eigen personeelsbestand, om te voldoen aan de mogelijke behoefte aan aanvullende diensten van de EIB in de loop van de uitvoering van de opdracht. Hieruit volgt dat het gebrek aan precisie wat het gunningscriterium „vermogen om een

team beschikbaar te stellen uit het eigen personeelsbestand" aangaat, in de praktijk de zittende contractant kon bevoordelen ten nadele van de andere inschrijvers, met name verzoekster, in strijd met het beginsel van gelijke behandeling, volgens hetwelk inschrijvers dezelfde kansen moeten krijgen bij het formuleren van hun offertes.

151 Bijgevolg luidt de conclusie dat de beginselen van evenredigheid en gelijke behandeling alsmede afdeling 2.5.1.2 van de aanbestedingsgids, die uitvoering geeft aan die beginselen, eraan in de weg stonden dat de EIB in de betrokken aanbestedingsprocedure de bekwaamheid van de inschrijver om alle in verband met de opdracht verwachte diensten te verrichten, niet in aanmerking nam als „selectiecriterium" maar als „gunningscriterium", en dat zij in dat verband uitging van een onnauwkeurig criterium waardoor in de praktijk de gekozen inschrijver, die als zittende contractant de betrokken diensten reeds eerder had verricht, kon worden bevoordeeld.

152 Gelet op het voorgaande slagen het derde en het vierde middel.

Zesde middel

— Argumenten van partijen

153 Volgens verzoekster heeft de EIB artikel 99 van het Financieel Reglement en artikel 148, leden 1 en 2, van de uitvoeringsvoorschriften geschonden, en ook gehandeld in strijd met de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en non-discriminatie, zoals neergelegd in artikel 89 van het Financieel Reglement, gelezen in samenhang

met de achttiende overweging van de considerans ervan, en zoals neergelegd in de rechtspraak, de door de Commissie gevolgde praktijk of doctrine, doordat zij de opdracht aan de gekozen inschrijver heeft gegund nadat deze laatste, na geheime contacten met de EIB, zijn offerte wezenlijk heeft gewijzigd ten aanzien van zowel prijs als kwaliteit. Uit de dossieraantekening van 31 januari 2008 blijkt dat de voorkeur van het evaluatiecomité na de opening en beoordeling van de offertes naar de door de gekozen inschrijver ingediende offerte uitging. Nadat men evenwel tot de ontdekking was gekomen dat die offerte de duurste van alle ingediende offertes was, besloot het evaluatiecomité tot een bijeenkomst met de gekozen inschrijver teneinde een aantal openstaande punten te verduidelijken, waaronder het financiële aspect van de offerte, alvorens verdere stappen te ondernemen. Tijdens die bijeenkomst heeft de gekozen inschrijver zijn offerte substantieel gewijzigd om de prijs voor de dienst en tegelijkertijd ook de kwaliteit dienovereenkomstig te verlagen. De gekozen inschrijver zegde met name toe de prijs van zijn offerte te verlagen door met name de voor de opdracht verantwoordelijke medewerkers te wijzigen, om zo tot een meer evenwichtige samenstelling en derhalve tot een kleiner aantal ervaren consultants te komen. Na deze onrechtmatige onderhandelingen besloot de EIB de opdracht aan de gekozen inschrijver te gunnen. De uiteindelijk door de EIB geselecteerde offerte week bijgevolg substantieel af van en was — en dit is vanuit het aspect van de weging van de in het bestek gespecificeerde gunningscriteria van meer belang — van een lagere kwaliteit dan de door het evaluatiecomité beoordeelde offerte. Die lagere kwaliteit van de door de gekozen inschrijver ingediende „uiteindelijke offerte" ten opzichte van zijn „aanvankelijke offerte" is door het evaluatiecomité bij de vergelijkende evaluatie van de offertes niet meegenomen.

154 Verzoekster vraagt het Gerecht de ervaring van het personeel vermeld in de offerte van de gekozen inschrijver te vergelijken met die van het personeel dat uiteindelijk door die inschrijver is geoffreerd, en vast te stellen dat, bij gebreke van de illegaal met de EIB gehouden onderhandelingen en ook de kennelijke beoordelingsfouten die aan het bestreden besluit kleven, de opdracht aan verzoekster zou zijn gegund. In ieder geval, indien in de aanbestedingsprocedure het beginsel van gelijke behandeling was geëerbiedigd en deze transparant was geweest, had ook verzoekster haar „aanvankelijke

offerte" met betrekking tot de vastgestelde gunningscriteria aanzienlijk kunnen verbeteren, hetgeen haar ook in staat zou hebben gesteld de opdracht te verkrijgen.

155 De EIB verwerpt de argumenten van verzoekster en stelt dat het zesde middel moet worden afgewezen. Noch het Financieel Reglement noch de uitvoeringsvoorschriften zijn van toepassing op de aanbestedingsprocedure. Bovendien heeft verzoekster geen belang bij dit middel. Volgens de EIB hebben de besprekingen met de gekozen inschrijver eerst plaatsgevonden na de afsluiting van de fase van de vergelijkende evaluatie van de offertes, waarin de offerte van de gekozen inschrijver als eerste was geëindigd, terwijl de offerte van verzoekster slechts tweede was, en derhalve op een tijdstip dat de gekozen inschrijver de opdracht reeds had gewonnen. Die contacten kunnen derhalve niet worden geacht te hebben plaatsgevonden tijdens de aanbestedingsprocedure in de zin van punt 2.5.2 van de aanbestedingsgids, of zelfs artikel 99 van het Financieel Reglement, waarop verzoekster een beroep doet. Hoe het ook zij, die contacten betroffen niet de wijziging van de offerte van de gekozen inschrijver, die na de fase van de vergelijkende evaluatie van de offertes als eerste was geplaatst, en hebben ook niet tot een dergelijk resultaat geleid. Zij betroffen louter de organisatie van de uitvoering van de opdracht door de gekozen inschrijver, overeenkomstig zijn offerte, en konden in geen geval de na de vergelijkende evaluatie van de offertes vastgestelde classificatie wijzigen. Vanuit financieel oogpunt bezien kon de vermindering van de dagtarieven van de „senior software developers" en die van „intermediate software developers", evenals de vervanging van bepaalde „senior software developers" van het voorgestelde kernteam door „lager" personeel niet leiden tot een wijziging van de klassering van de offerte van de gekozen inschrijver ten opzichte van de door de andere inschrijvers ingediende offertes, waaronder verzoekster, en heeft hen derhalve niet benadeeld. Vanuit technisch oogpunt bezien, heeft de vervanging van bepaalde „senior software developers" van het door de gekozen inschrijver voorgestelde kernteam door „lager" personeel niet geleid tot een relatieve verslechtering van de technische waarde van de offerte, aangezien de vervangen medewerkers waren vermeld op de bij die offerte gevoegde tabel van beroepsprofielen en de technische waarde van de offerte niet enkel is beoordeeld met inachtneming van de in de curricula vitae van het kernteam vermelde kwalificaties, maar ook van de kwalificaties van de in de betreffende tabel van beroepsprofielen opgenomen personen. De verwijzing naar een

„meer evenwichtige samenstelling van het team" wilde niet zeggen dat de medewerkers die in de offerte van de gekozen inschrijver met name waren voorgesteld als onderdeel van het team dat de opdracht zou gaan uitvoeren, zouden worden gewijzigd, maar enkel dat die medewerkers het mogelijk zouden maken een „meer evenwichtig" team samen te stellen dan het team dat de inschrijver had samengesteld voor de uitvoering van de eerdere opdracht wat de betrokken IT-toepassing betreft. Er kan derhalve niet op basis van de toepasselijke rechtspraak worden geconcludeerd dat de contacten tussen de EIB en de gekozen inschrijver na de fase van de vergelijkende evaluatie de geldigheid van het bestreden besluit hebben aangetast, en verzoekster kan in het onderhavige geval geen beroep doen op schending van het beginsel van gelijke behandeling of het transparantiebeginsel.

— Beoordeling door het Gerecht

156 Er is geen grond voor de stelling van verzoekster dat de artikelen 89 en 99 van het Financieel Reglement en artikel 148, leden 1 en 2, van de uitvoeringsvoorschriften zijn geschonden, aangezien de aanbestedingsprocedure en het bestreden besluit niet worden beheerst door het Financieel Reglement, en nog minder door de uitvoeringsvoorschriften (zie punt 87 supra). Het zesde middel is derhalve ongegrond en moet worden afgewezen voor zover het aan een dergelijke schending is ontleend.

157 Het zesde middel verdient echter wel onderzoek voor zover het de gestelde schending van de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie betreft, die op de in punt 88 supra uiteengezette gronden op aanbestedingsprocedures en op het bestreden besluit van toepassing zijn. Gelet op hun betekenis, doelstelling en nuttig effect moeten die beginselen ook worden geëerbiedigd in een bijzondere aanbestedingsprocedure als de onderhavige, waarbij in voorkomend geval rekening dient te worden gehouden met de bijzondere kenmerken van die procedure.

158 Daar het hier gaat om een opdracht voor diensten die voor eigen rekening wordt geplaatst en een totale geraamde waarde heeft van tussen 3 500 000 EUR en 7 000 000 EUR exclusief belasting over de toegevoegde waarde (btw), besloot de EIB overeenkomstig de bepalingen van de aanbestedingsgids tot een open aanbestedingsprocedure voor de opdracht, bekendmaking van de aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad, vaststelling van het bestek waarin de voorwaarden van de opdracht, waaronder de gunningscriteria, werden gepreciseerd, en tot uitnodiging van alle ondernemers die op basis daarvan een verzoek om deelneming hadden ingediend.

159 Aldus dienen de bepalingen van de aanbestedingsgids en in voorkomend geval die van richtlijn 2004/18 waarnaar de aanbestedingsgids verwijst, te worden beschouwd als het rechtskader waarbinnen de aanbestedingsprocedure moest verlopen en diende de EIB, in haar hoedanigheid van aanbestedende dienst, nauwgezet de door haarzelf vastgestelde criteria in acht te nemen, niet alleen tijdens de aanbestedingsprocedure als zodanig, waarin de vergelijkende evaluatie van de offertes plaatsvindt en de contractant wordt gekozen, maar meer in het algemeen tot aan het einde van de fase van uitvoering van de betrokken opdracht (zie in die zin arrest Commissie/CAS Succhi di Frutta, punt 89 supra, punt 115).

160 Indien de offerte van een inschrijver die niet van de aanbestedingsprocedure is uitgesloten en voldoet aan de in de aankondiging van opdracht of het bestek vermelde selectiecriteria, vanuit de optiek van de aanbestedende dienst niet de economisch voordeligste inschrijving is in het licht van de in de aankondiging van opdracht of het bestek vermelde gunningscriteria, moet deze door de aanbestedende dienst worden afgewezen, aangezien het laatstgenoemde niet is toegestaan de algemene opzet van de opdracht te veranderen door een van de essentiële voorwaarden voor de gunning ervan te wijzigen. Als de aanbestedende dienst immers tijdens de aanbestedingsprocedure de aanbestedingsvoorwaarden zelf naar eigen goeddunken zou kunnen wijzigen zonder hiertoe uitdrukkelijk te zijn gemachtigd in de relevante toepasselijke bepalingen, zouden de aanvankelijk bepaalde regels voor gunning van de opdracht worden uitgehold (zie arrest Commissie/CAS Succhi di Frutta, punt 89 supra, punt 120). Bovendien zou een dergelijke praktijk onvermijdelijk de beginselen van doorzichtigheid en gelijke behandeling van de inschrijvers schenden, aangezien de uniforme toepassing van de aanbestedingsvoorwaarden en de objectiviteit van de

procedure niet langer zouden zijn gewaarborgd (zie arrest Commissie/CAS Succhi di Frutta, punt 89 supra, punt 121).

161 Deze beginselen zijn buitendien terug te vinden in punt 2.5.2 van de aanbestedingsgids, waarin onder andere staat: „[t]ijdens een aanbestedingsprocedure zal de EIB niet met gegadigden of inschrijvers in een discussie treden die de objectiviteit van de procedure of de gelijke behandeling van ondernemers zou kunnen aantasten" en dat weliswaar „[d]e [EIB] evenwel met gegadigden of inschrijvers schriftelijk in contact [kan] treden om toelichting te verkrijgen op specifieke punten, namelijk hun verzoek tot deelneming c.q. offerte", maar dat „[d]ergelijke contacten [...] niet [mogen] leiden tot enige wijziging van verzoeken tot deelneming c.q. offertes".

162 In het voorliggende geval stond in afdeling 1.2 van het bestek, betreffende de „omschrijving van het gebied", dat de betrokken IT-toepassingen werden gebruikt door circa 600 personen, dat een extern team van 10 personen was belast met het onderhoud of ondersteuning en projectactiviteiten (4 personen voor onderhoud en 6 voor projecten) en dat er ongeveer 10 lopende projecten waren. Tevens was vermeld dat vier interne medewerkers van de EIB zich bezighielden met toezicht/projectmanagement, maar daarnaast steeds meer werden betrokken bij technische activiteiten, zoals overleg over de architectuur. Voorts was de invoering op korte termijn van codeviewprocedures gepland. Tot slot zou naar verwachting het volume van projectwerkzaamheden de komende jaren afnemen, zodat de door de EIB genoemde cijfers door de potentiële inschrijvers moesten worden gezien als maximumwaarden, ook al kon niet worden uitgesloten dat nieuwe leenmandaten of specifieke door de EIB goedgekeurde transacties tot nieuwe pieken in de projectwerkzaamheden zouden kunnen leiden.

163 Afdeling 6.5 van het bestek, betreffende het „[b]eroepsprofiel", bepaalde dat de inschrijver een duidelijk profiel moest geven van de bekwaamheden van alle beschikbare medewerkers door de tabel van beroepsprofielen in te vullen. In die tabel kon

eenzelfde medewerker slechts voor één bepaald profiel meetellen. Bovendien moesten inschrijvers anonieme curricula vitae verstrekken van „een kernbestand van beschikbare medewerkers" overeenkomend met de verschillende in de beroepsprofielentabel geïdentificeerde profielen („het kernteam"). Op ieder curriculum vitae moest de huidige werkgever (het betrokken lid van de inschrijvende organisatie in het geval van een groep inschrijvers of onderaanneming) van elk van de leden van het kernteam worden aangegeven. Volgens de informatie in afdeling 1.2 van het bestek was het minimumaantal curricula vitae voor elk van de vijf op de tabel van beroepsprofielen vermelde profielen als volgt: twee curricula vitae voor „businessanalisten", twee curricula vitae voor „technisch architecten", twee curricula vitae voor „junior software developers", zes curricula vitae voor „intermediate software developers" en twee curricula vitae voor „senior software developers". Hetzelfde curriculum vitae mocht bovendien niet worden voorgesteld voor meer dan een profiel.

164 Afdeling 6.8 van het bestek, betreffende het „[k]ostenprofiel", bepaalde onder meer dat de prijzen moesten worden uitgedrukt in euro's, exclusief btw. Deze prijzen moesten alle kosten omvatten, omdat die niet afzonderlijk door de EIB zouden worden vergoed. De inschrijver moest de bij het bestek gevoegde bijlage met de tabel van kostenprofielen invullen. De kosten moesten worden aangegeven in de vorm van dagtarieven voor „doorlopende diensten" en „eenmalige diensten". Indien de inschrijver of dienstverrichter verschillende tarieven wilde hanteren voor „werk buiten kantooruren", dat wil zeggen na 19.00 uur en voor 8.00 uur, en voor werk in het weekend of op feestdagen, moesten die tarieven duidelijk in de tabel worden aangegeven. Die tarieven zouden ook gelden voor diensten in verband met eventuele nieuwe pieken in de projectwerkzaamheden (zie punt 162 supra).

165 Afdeling 7.1 van het bestek, betreffende de „[g]unningscriteria", bepaalde dat de opdracht zou worden gegund aan de economisch meest voordelige inschrijving zoals bepaald door de gunningscriteria en het daaraan toe te kennen relatieve gewicht (zie

punt 3 supra). Ten aanzien van de technische criteria bepaalde afdeling 7.1.1 van het bestek dat de „mate van overeenstemming van bekwaamheden en kwalificaties van het voorgestelde personeel" en het „vermogen om een team beschikbaar te stellen uit het eigen personeelsbestand", dat wil zeggen twee criteria die tezamen 60 % van de totaalscore uitmaakten, zouden worden beoordeeld en geclassificeerd op basis van de ingevulde beroepsprofielentabel en het door de inschrijvers voorgestelde kernteam, in de vorm van curricula vitae, overeenkomstig afdeling 6.5 van het bestek. Dat punt is aan de inschrijvers bevestigd in de lijst van „Vragen en antwoorden". Wat het financiële criterium aangaat, gaf afdeling 7.1.2 van het bestek aan dat de kostenprofielen van alle inschrijvers zouden worden beoordeeld en geclassificeerd op basis van een voor iedere inschrijver berekend gewogen gemiddeld dagtarief. De subweging, waarbij rekening werd gehouden met de profielen van de personen die naar alle waarschijnlijkheid voor de uitvoering van de opdracht zouden worden ingezet, was toegelicht in de tabel van de kostenprofielen. Ten slotte bepaalden afdeling 7.1.1 en 7.1.2 van het bestek dat de EIB inschrijvers kon uitnodigen voor een gesprek, maar dat het inschrijvers in geen geval was toegestaan hun schriftelijke offerte te wijzigen nadat deze eenmaal was ingediend.

166 Vanuit technisch oogpunt moest in de tabel van beroepsprofielen voor elk van de vijf profielen in het algemeen en voor elk van de bekwaamheden met betrekking tot elk van de profielen het aantal beschikbare medewerkers worden gespecificeerd, waarbij onderscheid moest worden gemaakt tussen „medewerkers met minder dan 3 jaar ervaring in totaal", „medewerkers met meer dan 3 jaar ervaring in totaal" en „medewerkers met meer dan 2 jaar werkervaring voor de dienstverlener".

167 Vanuit financieel oogpunt moest in de tabel van kostenprofielen voor ieder profiel en voor iedere soort dienst een gemiddeld dagtarief worden aangegeven. De weging van het gemiddelde dagtarief voor iedere soort dienst was gespecificeerd als volgt: 45 % van de punten voor de kosten van „doorlopende diensten", 45 % van de punten voor de kosten van „eenmalige diensten", 5 % van de punten voor de kosten van diensten verricht „buiten kantooruren" en 5 % van de punten voor de kosten van diensten verricht tijdens het „weekend/feestdagen". Overeenkomstig afdeling 7.1.2 van het bestek

en rekening houdend met de „naar alle waarschijnlijkheid in te zetten profielen" op basis van afdeling 6.5 van het bestek, was de weging van het gemiddelde dagtarief voor elk van de profielen de volgende: 15 % van de punten voor het profiel van „businessanalist", 15 % van de punten voor het profiel van „technisch architect", 15 % van de punten voor het profiel van „junior software developer", 40 % van de punten voor het profiel van „intermediate software developer" en 15 % van de punten voor het profiel van „senior software developer".

168 Uit de dossieraantekening van 31 januari 2008 en de door de EIB verstrekte toelichtingen in haar brief van 15 december 2009 blijkt dat de EIB zich na de fase van de vergelijkende evaluatie van de offertes zorgen maakte over het feit dat de als eerste geplaatste offerte van de gekozen inschrijver de duurste was en dat zij daarom besloot een bijeenkomst met de gekozen inschrijver te beleggen om de openstaande punten te verduidelijken, met name de financiële aspecten van de offerte, voordat zij verdere stappen ondernam. Uit de dossieraantekening van 31 januari 2008 blijkt verder dat de bijeenkomst plaatshad op 29 januari 2008 en dat tijdens die bespreking de gekozen inschrijver de aanbestedende dienst meedeelde dat hij tot „een meer evenwichtige samenstelling van het team" (op dat moment vrijwel uitsluitend bestaande uit senior consultants) kon komen en het dagtarief van de medewerkers met het profiel van „senior software developer" van 750 EUR kon verlagen naar 720 EUR, en het dagtarief van de medewerkers met het profiel van „intermediate software developer" van 665 EUR naar 650 EUR. Eerst na die bijeenkomst en gelet op de aldaar door de gekozen inschrijver gedane voorstellen besloot de directeur van de afdeling Informatie en Technologie van de EIB op 31 januari 2008, naar aanleiding van de aanbeveling van het evaluatiecomité, de opdracht aan de gekozen inschrijver te gunnen, welk besluit vervolgens werd bekrachtigd door de president van de EIB (zie de punten 20 en 43 supra). Op 12 en 17 juni 2008 werd de overeenkomst door respectievelijk de gekozen inschrijver en de EIB ondertekend (zie punt 8 supra). Overeenkomstig punt 2.4.1 van de aanbestedingsgids betreffende de „[b]ekendmaking van aankondigingen", waarin is bepaald dat de sluitingsdatum van de procedure de datum van ondertekening van de overeenkomst is, werd de aanbestedingsprocedure gesloten op 17 juni 2008, de datum waarop de raamovereenkomst werd ondertekend. De EIB kan derhalve niet

staande houden dat op 29 januari 2008 de opdracht reeds aan de gekozen inschrijver was gegund en dat de aanbestedingsprocedure reeds was gesloten op het moment waarop de bespreking plaatsvond.

169 Bovendien blijkt uit de door de EIB overgelegde stukken dat de EIB na de vergelijkende evaluatie van de offertes niet helemaal tevreden was met de uitkomst van de weging van de gunningscriteria, te weten 75 % van de punten voor de technische criteria en 25 % voor het financiële criterium, waardoor een offerte voor diensten kon worden geselecteerd met een grote technische waarde, maar met een hogere totaalprijs dan andere offertes, reden waarom de EIB met name besloot tot het beleggen van de bijeenkomst van 29 januari 2008. Verder blijkt duidelijk uit die stukken dat de gekozen inschrijver dankzij die bijeenkomst iets kon doen aan de zorgen van de aanbestedende dienst ten aanzien van de globale prijs van zijn offerte, en dat die bijeenkomst derhalve beslissend was voor de gunning van de opdracht. Tijdens de bijeenkomst ging de gekozen inschrijver akkoord met een verlaging van de totaalprijs van zijn offerte door het dagtarief te verlagen van de medewerkers voor de profielen van „senior software developer" en „intermediate software developer", zoals in de tabel voor de beroepsprofielen omschreven, en door „een meer evenwichtige samenstelling van het team (thans vrijwel geheel bestaande uit senior consultants)" voor te stellen. Vanuit dit perspectief kan de verklaring dat de leden van het comité na de bijeenkomst van 29 januari 2008 hun aanbeveling handhaafden om de opdracht aan de gekozen inschrijver te gunnen, vermeld in de dossieraantekening van 31 januari 2008, niet worden beschouwd als bewijs van een nieuwe vergelijkende evaluatie van de offertes, maar als loutere herhaling van het eerdere advies van het evaluatiecomité, gelet op het feit dat de gekozen inschrijver aan de door aanbestedende dienst geuite zorg tegemoet was gekomen.

170 De verlaging van de door de gekozen inschrijver in de tabel van kostenprofielen ingevulde dagtarieven die als bijlage bij de offerte was gevoegd, komt neer op een wijziging achteraf van de offerte van de gekozen inschrijver zoals die in financieel opzicht door het evaluatiecomité was beoordeeld.

171 Wat het argument betreft dat de gekozen inschrijver „een meer evenwichtige samenstelling van het team (thans vrijwel geheel bestaande uit senior consultants)" zou verzekeren, heeft de EIB zelf in haar opmerkingen van 26 februari 2010 verklaard dat dit betrekking had op het feit dat „[de gekozen inschrijver] tijdens de bespreking (van 29 januari 2008) voorstelde een aantal van deze consultants (senior software developers) te vervangen door lager personeel". In de context van deze zaak, waarin de EIB feitelijk wilde dat de gekozen inschrijver de totaalprijs van zijn offerte verlaagde om deze dichter in de buurt te brengen van die van de offertes van de andere inschrijvers, is de enige geloofwaardige verklaring voor een dergelijk argument dat de gekozen inschrijver in feite enkele van de „senior software developers" van het voorgestelde kernteam ging vervangen door lager personeel. Daar de totaalprijs voor de dienstverlening direct afhankelijk was van het gewogen gemiddelde dagtarief van het kernteam, gedefinieerd als het team dat naar alle waarschijnlijkheid zou worden ingezet ingeval de opdracht aan de inschrijver werd gegund, kon die prijs worden verlaagd door de samenstelling van het in de offerte voorgestelde kernteam te wijzigen, door de hoogst gekwalificeerde en bijgevolg duurste medewerkers, namelijk de „senior consultants" behorend bij het profiel van „senior software developer", te vervangen door minder gekwalificeerde en bijgevolg minder dure medewerkers, namelijk de „minder ervaren consultants" behorend bij het profiel van „intermediate software developer" en „junior software developer", zoals blijkt uit de opmerkingen van de EIB van 26 februari 2010.

172 De EIB heeft niets aangevoerd waaruit zou blijken dat, ondanks de op de bijeenkomst van 29 januari 2008 gemaakte afspraken, de door de gekozen inschrijver voor de uitvoering van de overeenkomst daadwerkelijk ingezette medewerkers degenen waren die het kernteam zouden gaan vormen zoals dat in de curricula vitae in zijn offerte was voorgesteld en op basis waarvan die offerte door het evaluatiecomité in technisch en financieel opzicht was beoordeeld. In haar opmerkingen van 26 februari 2010 heeft de EIB bovendien niet gesteld dat de in de offerte van de gekozen inschrijver voorgestelde samenstelling van het kernteam, in de vorm van curricula vitae, na de bijeenkomst van 29 januari 2008 niet is gewijzigd, maar simpelweg dat die wijziging

niet als een echte wijziging van de offerte kon worden beschouwd, omdat het „lager personeel" dat de „senior consultants" van het kernteam verving reeds in de door de gekozen inschrijver ingevulde en bij de offerte gevoegde tabel van beroepsprofielen was opgenomen. Aangezien de vergelijkende evaluatie van de offertes vanuit technisch oogpunt evenwel met name was gebaseerd op de vraag of de medewerkers die deel uitmaakten van het door de inschrijver voorgestelde kernteam, uitgaande van de bij de offertes gevoegde curricula vitae van die personen, gekwalificeerd waren, kon de samenstelling van een meer evenwichtig kernteam, door bepaalde „senior software developers" te vervangen door „lager" personeel, ook al ging het daarbij om personen die reeds in de door de gekozen inschrijver bij zijn offerte gevoegde tabel van beroepsprofielen waren vermeld, enkel leiden tot een wijziging achteraf van de offerte zoals die door het evaluatiecomité zowel vanuit technisch als financieel oogpunt was beoordeeld.

173 De EIB wil bovendien kennelijk het door de gekozen inschrijver bij de bespreking van 29 januari 2008 gedane voorstel rechtvaardigen met het feit dat het, zoals in het bestek is aangegeven, wellicht niet noodzakelijk was dat het daadwerkelijk voor de uitvoering van de overeenkomst ingezette team even gekwalificeerd zou zijn als het team dat tot dusver met het onderhoud, de ondersteuning en de ontwikkeling van de betrokken IT-toepassing was belast (zie punt 162 supra) en dat in het bestek als referentie had gediend voor de omschrijving van de samenstelling van het kernteam op basis waarvan de offertes van de inschrijvers onder andere vanuit zowel technisch als financieel oogpunt moesten worden beoordeeld (zie punt 163 supra). Zelfs al zou de gekozen inschrijver de overeenkomst naar tevredenheid kunnen uitvoeren door minder gekwalificeerd personeel in te zetten dan het personeel dat tot dusver met die toepassing was belast, kan dit geenszins volstaan ter rechtvaardiging van de wijziging door de gekozen inschrijver van de samenstelling van het kernteam dat hij in zijn offerte had voorgesteld als het team dat zou worden ingezet ingeval de opdracht aan hem zou worden gegund, teneinde de totaalprijs van de offerte te verlagen en aldus te voldoen aan een nieuwe eis van de aanbestedende dienst voor gunning van

de opdracht. Dit staat gelijk aan een wijziging achteraf van de offerte van de gekozen inschrijver zoals die door het evaluatiecomité vanuit zowel technisch als financieel oogpunt was beoordeeld, zonder dat de afgewezen inschrijvers, waaronder verzoekster, dezelfde kans hebben gehad om hun offertes te wijzigen.

174 Bijgevolg kan de EIB niet staande houden dat de bijeenkomst van 29 januari 2008 enkel was bedoeld om bepaalde aspecten van de uitvoering van de opdracht met de gekozen inschrijver te bespreken en niet om de inhoud van zijn offerte te wijzigen teneinde hem de opdracht te gunnen.

175 Duidelijk is ook dat die wijzigingen niet alleen de financiële evaluatie van de offerte van de gekozen inschrijver hebben vertekend, maar ook de technische evaluatie ervan. Buitendien heeft het contact tussen de EIB en de gekozen inschrijver in feite geleid tot de wijziging van de weging van de gunningscriteria. Die onderhandelingen en de uitkomst ervan, te weten de wijziging van de offerte van de gekozen inschrijver, waren het gevolg van het feit dat de EIB in de praktijk een groter relatief belang aan het financiële criterium hechtte dan aan de technische criteria, zoals gedefinieerd in de aanbestedingsdocumenten die als basis dienden voor de offertes van de inschrijvers en ook voor de vergelijking door het evaluatiecomité. Het lijdt geen twijfel dat het grotere relatieve belang dat de EIB uiteindelijk aan het financiële criterium heeft toegekend teneinde de opdracht aan de gekozen inschrijver te gunnen, meer in het voordeel van verzoekster zou hebben gewerkt indien dit tijdens de vergelijkende evaluatie van de offertes ook voor haar had gegolden, aangezien haar offerte die met de laagste prijs was en derhalve hoger scoorde op het financiële criterium.

176 De EIB is evenwel van mening dat die wijzigingen de vergelijkende evaluatie van de offertes niet zodanig hebben vertekend dat daardoor de rechten van de inschrijvers die aan het einde van de evaluatie zijn afgewezen, in het gedrang zijn gekomen.

177 Zelfs indien, zoals de EIB impliciet stelt met haar verwijzing naar onder andere het arrest van het Hof van 25 april 1996 in de zaak Commissie/België (C-87/94, Jurispr. blz. I-2043, punt 59) de nietigverklaring van een besluit tot gunning van een opdracht dat is genomen aan het einde van de procedure die is verstoord door het feit dat de gekozen inschrijver zijn offerte mocht wijzigen, veronderstelt dat het Gerecht constateert dat door de inaanmerkingneming van die wijziging de voorwaarden van de vergelijking van de offertes ten nadele van de andere inschrijvers zijn gewijzigd en derhalve potentieel de klassering van de inschrijvers is beïnvloed, stelt het Gerecht vast dat van een dergelijke invloed in deze zaak inderdaad sprake is.

178 Vanuit financieel oogpunt bezien konden de litigieuze wijzigingen weliswaar niet leiden tot een verdere verbetering van de beoordeling van de offerte van de gekozen inschrijver in vergelijking met die van de andere inschrijvers, in het bijzonder verzoekster. Er kan evenwel niet worden gesteld dat vanuit technisch oogpunt de vervanging van bepaalde „senior software developers" van het door de gekozen inschrijver voorgestelde kernteam door „lager personeel" niet tot een andere evaluatie van de offerte van de gekozen inschrijver kon leiden. Uit de informatie in het dossier, met name de lijst van „Vragen en Antwoorden", blijkt dat „de [EIB] wil[de] verzekeren dat de [gekozen inschrijver] niet alleen een toereikend aantal bekwame en ervaren medewerkers [had] om een kernteam te vormen, maar ook over voldoende bekwame en ervaren werknemers [kon] beschikken om aan een verdere vraag te voldoen". In die context „[moesten] de [curricula vitae] overeenkomen met het door de inschrijver voorgestelde kernteam, terwijl de tabel van beroepsprofielen een indicatie [moest] geven van de diepte en de breedte van de ter beschikking van de inschrijver staande bekwaamheid en ervaring waarop de [EIB] een beroep zou kunnen doen". Terwijl derhalve de curricula vitae de EIB in staat moesten stellen de kwalificaties van het door de inschrijver voorgestelde kernteam te beoordelen, te weten de personen behorend bij de profielen die volgens afdeling 7.1.2 van het bestek naar alle waarschijnlijkheid bij de uitvoering van de overeenkomst zouden worden ingezet (zie punt 165 supra), moesten de tabellen van beroepsprofielen de EIB in staat stellen te beoordelen of de ter beschikking van de inschrijver staande medewerkers waarop zij voor bijkomende behoeften een

beroep kon doen, in het algemeen gekwalificeerd waren. In die omstandigheden kan de vervanging van bepaalde „senior software developers" van het door de gekozen inschrijver in zijn offerte voorgestelde kernteam, waarvan de curricula vitae hadden gediend om te bepalen of het team technisch gekwalificeerd was, door „lager personeel", dat noodzakelijkerwijs minder gekwalificeerd was, enkel hebben geleid tot een vermindering van de totale technische waarde van die offerte in vergelijking met die van de offertes van de andere inschrijvers, in het bijzonder die van verzoekster.

179 Gelet op de weging van de gunningscriteria, namelijk 25 % voor het financiële criterium en 75 % voor de technische criteria, en het feit dat 60 % van de vergelijkende evaluatie van de offertes zelf was gebaseerd op de analyse van de door de inschrijvers overgelegde curricula vitae en de tabel van beroepsprofielen (zie punt 165 supra), kan worden gesteld dat de — uit de verlaging van de totaalprijs van de offerte resulterende — verbetering van de financiële beoordeling van de offerte van de gekozen inschrijver, niet de — uit de vervanging van bepaalde „senior software developers" van het in de offerte voorgestelde kernteam door „lager personeel" — resulterende verlaging van de technische beoordeling van die offerte kon compenseren. Hieruit volgt dat de wijzigingen achteraf van de offerte van de gekozen inschrijver de beoordeling van die offerte in het geval van een nieuwe vergelijkende evaluatie van de offertes alleen maar negatief konden hebben beïnvloed.

180 De EIB heeft hoe dan ook, in de fase waarin de opdracht aan de gekozen inschrijver werd gegund, feitelijk de weging van de in het officiële bestek gedefinieerde technische criteria en het financiële criterium gewijzigd teneinde een groter relatief gewicht toe te kennen aan het financiële criterium (zie punt 175 supra).

181 Het Gerecht beschikt in casu niet over enig bewijs op basis waarvan het met enige zekerheid zou kunnen concluderen, of de mogelijkheid zou kunnen uitsluiten, dat de wijzigingen in de offerte van de gekozen inschrijver en de weging van de technische

criteria en het financiële criterium, na de bijeenkomst van 29 januari 2008 en vóór de vaststelling van het bestreden besluit, de vergelijkende evaluatie van de offertes op een zodanige wijze ten nadele van de afgewezen inschrijvers, in het bijzonder verzoekster, hebben kunnen vertekenen, dat de uitkomst van de aanbestedingsprocedure daardoor is beïnvloed. Daar de EIB de eerstaangewezene was om dienaangaande bewijs te leveren, moet deze onzekerheid in haar nadeel uitwerken (zie in die zin en naar analogie arrest Hof van 8 oktober 1986, Leussink/Commissie, 169/83 en 136/84, Jurispr. blz. 2801, punt 17). De stelling van verzoekster dat voormelde wijzigingen de uitkomst van de aanbestedingsprocedure op zodanige wijze konden vertekenen dat haar de daadwerkelijke kans op het verkrijgen van de opdracht daardoor op onrechtmatige wijze is ontnomen, moet derhalve worden aanvaard.

182 Mitsdien heeft de EIB, door op de bijeenkomst van 29 januari 2008 van de gekozen inschrijver te verlangen dat hij zijn offerte wijzigde, met het bestreden besluit waartoe zij op 31 januari 2008 in het licht van die wijziging is gekomen, inbreuk gemaakt op het beginsel van gelijke behandeling, het non-discriminatiebeginsel en het transparantiebeginsel, een inbreuk die de uitkomst van de aanbestedingsprocedure kan hebben vertekend doordat verzoekster de daadwerkelijke kans op het verkrijgen van de opdracht op onrechtmatige wijze is ontnomen.

183 Mitsdien slaagt het zesde middel.

Vijfde middel

— Argumenten van partijen

184 Volgens verzoekster heeft de EIB in strijd met het aanbestedingsrecht en het beginsel van gelijke behandeling het bestreden besluit vastgesteld op basis van de weging van

de gunningscriteria, te weten 75 % van de punten voor de technische criteria en 25 % van de punten voor het financiële criterium. Overeenkomstig de beginselen van behoorlijk financieel beheer, zoals weerspiegeld in artikel 36 van richtlijn 92/50, artikel 34 van richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 199, blz. 84), artikel 138, lid 3, van de uitvoeringsvoorschriften en de rechtspraak, moet de aanbestedende dienst, wanneer een opdracht aan de economisch voordeligste inschrijving moet worden gegund, er bij de vaststelling van de weging van de gunningscriteria voor zorgen dat het „prijseffect" niet zodanig wordt geneutraliseerd of geminimaliseerd dat de aanbestedingsprocedure kan leiden tot de gunning van een overheidsopdracht die naar verhouding van de daadwerkelijke behoeften van de dienst buitensporig duur is.

185 Verzoekster voert aan dat in nagenoeg alle aanbestedingsprocedures die het gemeenschapsbestuur in de afgelopen 15 jaar voor eigen rekening heeft uitgeschreven, de vergelijkende evaluatie van de offertes heeft plaatsgevonden door bij de weging van de gunningscriteria uit te gaan van 50 %, of bijna 50 %, van de punten voor het financiële criterium, wanneer inschrijvers in de procedure niet enkel op basis van de prijs werden geklasseerd. Deze praktijk sluit aan bij het beginsel van behoorlijk financieel beheer, waarbij het evaluatiecomité eerst aan iedere inschrijving een aantal punten toekent op basis van de technische waarde daarvan, vervolgens dat aantal punten deelt door de prijs van de offerte, en de opdracht wordt gegund aan de inschrijving met de hoogste score. In die context wordt de kwaliteit gewaarborgd door de selectiecriteria en de toepassing van aan de technische criteria verbonden drempels tijdens de gunningsfase. De weging van de gunningscriteria in het onderhavige geval, te weten 75 % van de punten voor de technische criteria en slechts 25 % van de punten voor het financiële criterium, is daarentegen een gevolg van slecht financieel beheer, dat leidt tot een neutralisatie of minimalisering van het „prijs-effect" in een aanbestedingsprocedure die evenwel de „economisch meest voordelige" inschrijving moet aanwijzen, en kan leiden tot de verwerving van buitensporig dure diensten door het bestuur omdat inschrijvers worden gestimuleerd om de technische kwaliteit van hun offertes in overdreven mate uit te werken, met als enige doel de hoogst mogelijke

score te behalen en uiteindelijk de opdracht te verkrijgen. Die in vergelijking met de praktijk van het gemeenschapsbestuur ongebruikelijke weging leidt voorts tot indirecte discriminatie, doordat zij kleinere en middelgrote ondernemingen duidelijk benadeelt ten opzichte van inschrijvers die offertes met een veel grotere technische waarde kunnen overleggen dan feitelijk voor de betrokken overheidsopdracht is vereist. Zij is derhalve in strijd met het beginsel dat inschrijvers gelijk moeten worden behandeld.

186 Ten slotte is verzoekster van mening dat de EIB niet op goede gronden kan stellen dat haar offerte „de slechtste" was, nu zij zich daarvoor baseert op de uitkomst van een evaluatie die als zodanig onrechtmatig en niet objectief is. Verzoekster stelt in dat verband dat de onderhavige grief moet worden gelezen in samenhang met de grief dat de EIB de criteria door elkaar heeft gehaald.

187 In haar repliek stelt verzoekster dat de neutralisatie van het „prijs-effect" van de offertes als gevolg van de weging van de gunningscriteria in strijd is met artikel 138, lid 3, van de uitvoeringsvoorschriften, dat bepaalt: „[h]et relatieve gewicht van het prijscriterium ten opzichte van de andere criteria mag niet leiden tot neutralisatie van het prijscriterium bij de keuze van degene aan wie de opdracht wordt gegund".

188 Volgens de EIB moet het vijfde middel worden afgewezen. Volgens de rechtspraak staat het de aanbestedende diensten vrij niet alleen de criteria voor de gunning van de opdracht te selecteren, maar ook te bepalen welke weging deze criteria zullen hebben. Bovendien is duidelijk in punt 2.5.1.2 van de aanbestedingsgids bepaald dat ingeval in de aanbestedingsprocedure het criterium van de economisch voordeligste inschrijving geldt, dat is gebaseerd op de prijs-kwaliteitverhouding, meer gewicht kan worden toegekend aan de technische criteria dan aan het financiële criterium. Ter vergelijking, artikel 97 van het Financieel Reglement en artikel 138 van de uitvoeringsvoorschriften garanderen de aanbestedende diensten eveneens de vereiste flexibiliteit om de weging van de gunningscriteria aan te passen aan het voorwerp van de opdracht, en artikel 241 van de uitvoeringsvoorschriften bepaalt dat de gemeenschapsinstanties wegingen kunnen toekennen die overeenkomen met 80 % van de

punten aan de technische criteria en 20 % van de punten aan het financiële criterium voor opdrachten voor diensten in de context van externe maatregelen. In dit geval waren de technische waarde van de offertes en de bekwaamheid van de inschrijvers essentiële factoren voor de EIB, nu de betrokken IT-toepassing diende ter ondersteuning van de kredietverleningsactiviteiten, zijnde haar kerntaak.

189 De EIB voert aan dat de weging van de gunningscriteria niet ongebruikelijk was voor dergelijke door de EIB of ook door de instellingen gegunde opdrachten, en evenmin voor de door haar IT-afdeling op „intellectuele" diensten ter ondersteuning van de informatiesystemen van de EIB toegepaste kwaliteitsnormen.

190 Wat verzoeksters stelling betreft dat de weging van de gunningscriteria haar in casu, door de neutralisatie van het „prijseffect" in de aanbestedingsprocedure, in een nadelige positie heeft gebracht, stelt de EIB dat verzoekster redelijkerwijs niet kon verwachten de opdracht te verkrijgen enkel omdat de door haar voorgestelde prijs de laagste was. Ook al was de weging de door verzoekster genoemde weging geweest, namelijk 50 % van de toegekende punten voor de technische criteria en 50 % van de punten voor het financiële criterium, zou verzoeksters offerte niet zijn geaccepteerd, omdat de score van haar offerte op de technische criteria veel lager was dan die van de offerte van de gekozen inschrijver op die criteria. Ten aanzien van de ervaring in het bankwezen was de offerte van de gekozen inschrijver bijzonder volledig, zoals blijkt uit de curricula vitae van de meeste door hem voorgestelde personen, terwijl slechts één van de door verzoekster voorgestelde analisten over de nodige bekwaamheid in het bankbedrijf beschikte. Verzoekster kan evenmin op goede gronden stellen dat de toegepaste weging het „prijseffect" in de aanbestedingsprocedure neutraliseerde, nu de offerte van verzoekster, ondanks een technische waarde die het slechtst was van de vijf inschrijvers die niet om technische redenen door het evaluatiecomité waren uitgesloten, en nauwelijks beter dan de twee inschrijvingen die na de technische

evaluatie werden geëlimineerd, de op twee na beste totaalscore had vanwege de op het financiële criterium behaalde score, omdat de door haar voorgestelde prijs de laagste was.

— Beoordeling door het Gerecht

191 Het bestreden besluit is niet gebaseerd op de weging van de aanvankelijke gekozen gunningscriteria (zie punt 3 supra), nu de EIB van die weging is afgeweken door van de gekozen inschrijver te verlangen dat hij de globale prijs van zijn offerte verlaagde voordat zij hem de opdracht gunde (zie punt 175 supra). Omdat echter het bestreden besluit, voor zover daarbij de offertes van de andere inschrijvers die aan de vergelijkende evaluatie van de offertes mochten deelnemen, waaronder die van verzoekster, zijn afgewezen, op de toepassing van die weging van de gunningscriteria is gebaseerd, heeft verzoekster nog steeds belang bij een incidentele toetsing van de rechtmatigheid van die weging, ongeacht de schending van het beginsel van gelijke behandeling en het beginsel van non-discriminatie die bij het onderzoek van het zesde middel is vastgesteld ter zake van de gewijzigde weging van de gunningscriteria tijdens de aanbestedingsprocedure (zie punt 182 supra).

192 Volgens vaste rechtspraak kunnen de aanbestedende diensten bij de keuze van de economisch voordeligste inschrijving niet alleen de gunningscriteria van de opdracht kiezen, maar kunnen zij ook bepalen welk gewicht aan elk van die criteria moet worden toegekend, op voorwaarde dat het mogelijk is de gehanteerde criteria in hun onderling verband te beoordelen ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieding (zie in die zin arrest Hof van 27 oktober 2005, Contse e.a., C-234/03, Jurispr. blz. I-9315, punt 68 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en arrest Strabag Benelux/

Raad, punt 109 supra, punt 77). Bovendien mag overeenkomstig de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie de weging van de verschillende criteria of subcriteria niet zijn gekozen met inaanmerkingneming van omstandigheden die discriminerend kunnen werken jegens een van de inschrijvers (zie in die zin arrest Hof van 24 november 2005, ATI EAC e Viaggi di Maio e.a., C-331/04, Jurispr. blz. I-10109, punt 32, en arrest Lianakis e.a., punt 142 supra, punten 42 en 43).

193 Blijkens de inleiding van de aanbestedingsgids is „de [EIB] van mening dat, in het algemeen, [de fundamentele EU] beginselen [inzake het plaatsen van overheidsopdrachten] het beste kunnen worden toegepast door middel van mededinging tussen gekwalificeerde inschrijvers en door middel van een selectie op basis van zowel kosten- als kwaliteitsoverwegingen". Bovendien verwijst punt 2.1 van de aanbestedingsgids naar de „voornaamste zorg [van de EIB] voor de economisch voordeligste inschrijving" bij de gunning van opdrachten voor eigen rekening. Punt 2.5.1.2 van de aanbestedingsgids, dat ziet op „[g]unningscriteria", bepaalt in dat verband dat „de economisch voordeligste inschrijving [...] vanuit de optiek van de [EIB]" in het algemeen de inschrijving is met de „beste prijs-kwaliteitverhouding" gelet op „verschillende criteria die verband houden met het voorwerp van de betrokken opdracht [...]".

194 Tenzij er sprake is van uitzonderlijke omstandigheden, die de EIB met redenen moet omkleden, brengt de verplichting om de beste „kosten-baten"- of „prijs-kwaliteit"-verhouding te waarborgen bij het einde van de algehele evaluatie van de criteria die zijn gekozen om te bepalen welke inschrijving economisch de meest voordelige is, mee dat de weging van het financiële criterium niet mag leiden tot de neutralisatie van dat criterium bij de selectie van de gekozen inschrijver.

195 Op het eerste gezicht kan de weging van de gunningscriteria in casu, te weten 75 % van de punten voor de technische criteria en 25 % van de punten voor het financiële criterium, worden geacht rechtmatig door de EIB te zijn vastgesteld, omdat deze, ten eerste, uitdrukking geeft aan de visie van de EIB zelf dat, gezien de aard en het voorwerp van de opdracht — een IT-toepassing ter ondersteuning van de

kredietverleningsactiviteiten, haar kerntaak — de prijs weliswaar niet onbelangrijk was, maar van secundair belang vergeleken met de technische waarde, en, ten tweede, die weging is toegepast op dezelfde en transparante wijze voor alle inschrijvers.

196 Zoals evenwel uit de feiten van de zaak blijkt, was de EIB naar aanleiding van de uitkomst van de vergelijkende evaluatie van de offertes uiteindelijk van mening dat het aanvankelijk gekozen relatieve gewicht van het financiële criterium tot een te grote neutralisatie van dat criterium bij de keuze van de contractant leidde en dat derhalve het belang van het prijscriterium voor de gunning van de opdracht aan de gekozen inschrijver opnieuw moest worden beoordeeld, wat is gebeurd in de loop van de onderhandelingen met die inschrijver tijdens de bijeenkomst van 29 januari 2008 (zie punt 175 supra).

197 Voor zover het bestreden besluit strekt tot afwijzing van de offertes van de andere inschrijvers die aan de vergelijkende evaluatie van de offertes mochten deelnemen, waaronder die van verzoekster, is het derhalve gebaseerd op een weging van de gunningscriteria die volgens de beoordeling van de EIB van die weging ten tijde van de vaststelling van het besluit, tot een te grote neutralisatie van het financiële criterium leidde en derhalve niet kon garanderen dat de beste „kosten-baten"- of „kwaliteit-prijs"-verhouding werd verkregen na afloop van de algehele evaluatie van de criteria die ter bepaling van de economisch voordeligste inschrijving waren geselecteerd.

198 Uit het voorgaande alsook uit het onderzoek van het zesde middel blijkt bovendien dat de EIB in strijd met het beginsel van gelijke behandeling en het beginsel van non-discriminatie heeft gehandeld door tijdens de aanbestedingsprocedure de weging van de gunningscriteria te wijzigen.

199 Bijgevolg slaagt het vijfde middel.

200 Uit al het voorgaande volgt dat de zes middelen die tot staving van het beroep tot nietigverklaring zijn aangevoerd, alle gegrond zijn, zodat het beroep in zoverre moet worden toegewezen en het bestreden besluit nietig moet worden verklaard.

Schadevordering

Argumenten van partijen

201 Verzoekster vordert dat, mocht het Gerecht vaststellen dat het bestreden besluit in strijd met het aanbestedingsrecht en/of het beginsel van transparantie en het beginsel van gelijke behandeling is vastgesteld, en gezien het feit dat het Gerecht naar alle waarschijnlijkheid in deze zaak uitspraak zal doen nadat de gekozen inschrijver de opdracht overeenkomstig het bestreden besluit volledig heeft uitgevoerd, het Gerecht de EIB op grond van de artikelen 235 EG en 288 EG veroordeelt tot betaling van een vergoeding van 1 940 000 EUR.

202 Verzoekster meent dat haar vordering tot schadevergoeding moet worden toegewezen op de volgende gronden.

203 In de eerste plaats is er, in overeenstemming met vaste rechtspraak, sprake van een voldoende ernstige inbreuk op een hogere rechtsregel ter bescherming van particulieren of op een rechtsregel die particulieren rechten verleent, waardoor de Gemeenschap, of in dit geval de EIB, aansprakelijk kan worden gehouden. Die inbreuk is door de EIB gepleegd in haar hoedanigheid van aanbestedende dienst, en is het gevolg

van de „onrechtmatigheid" van het bestreden besluit en van de evaluatie waarop het berust, zoals in het verzoekschrift aangevoerd, te weten schending van het aanbestedingsrecht, schending van het beginsel van transparantie en het beginsel van gelijke behandeling, schending van het bepaalde in de aanbestedingsgids, de late mededeling van gegevens, ontoereikende motivering van het bestreden besluit, het gebruik van discriminerende criteria, verwarring van de gunningscriteria en de selectiecriteria en, tot slot, een onrechtmatige weging van de technische criteria en het financiële criterium in de fase van de gunning van de opdracht.

204 Voorts heeft zij ten gevolge van het bestreden besluit schade geleden, gelijk aan de brutowinst die haar ten onrechte is ontzegd, doordat de opdracht onrechtmatig aan de gekozen inschrijver in plaats van aan verzoekster is gegund. Indien het Gerecht van mening is dat de offerte van verzoekster na de fase van de vergelijkende evaluatie als eerste geplaatst had moeten worden, moet die schade ten laste komen van de EIB als sanctie voor haar onrechtmatig handelen tijdens de aanbestedingsprocedure dan wel, zoals verzoekster ter terechtzitting in antwoord op een vraag van het Gerecht heeft verklaard, om de EIB te laten bijdragen aan de vaste kosten en het economisch risico van verzoekster in verband met haar activiteiten inzake overheidsaanbestedingen. Anderzijds stelt verzoekster duidelijk dat zij geen vergoeding verlangt van de kosten verbonden aan haar deelneming aan de aanbestedingsprocedure.

205 Verzoekster stelt ten slotte dat zij haar verlies heeft gekwantificeerd. Dat verlies bedraagt 1 940 000 EUR. Ten aanzien van dit bedrag moet in aanmerking worden genomen dat de brutowinst voor dit soort diensten circa 50 % van de ontvangen prijs bedraagt, zoals blijkt uit de door de Commissie goedgekeurde financiële overzichten in de context van onderzoeks- en ontwikkelingsprojecten. Aangezien de EIB in het bestek de diensten van in totaal 10 deskundigen verlangde (4 voor onderhoud en 6 voor serviceprojecten) en de „gemiddelde dagelijkse kosten" van haar offerte 441 EUR bedroegen, kan de prijs van de offerte als volgt worden berekend: 441 EUR

maal 220 mandagen per jaar maal 10 personen per jaar maal 4 jaar, oftewel ongeveer 3,88 miljoen EUR. Die prijs komt overeen met het voor de opdracht bekendgemaakte budget, dat tussen de 3,5 en 7 miljoen EUR bedroeg. De niet ontvangen brutowinst bedraagt derhalve 50 % van 3,88 miljoen EUR, oftewel 1,94 miljoen EUR.

206 De EIB betoogt subsidiair dat de schadevordering ongegrond is. Wanneer aan een van de voorwaarden voor niet-contractuele aansprakelijkheid niet is voldaan, moet de vordering volgens de rechtspraak in haar geheel worden afgewezen zonder dat de andere voorwaarden hoeven te worden onderzocht. In het voorliggende geval volstaat derhalve de vaststelling dat aan de zijde van de EIB geen sprake is van een onregelmatige of onrechtmatige gedraging die tot niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap ter zake van de aanbestedingsprocedure kan leiden. Verzoekster kan evenmin op goede gronden vergoeding eisen voor een verlies ter grootte van de brutowinst die zij zou hebben gemaakt ingeval haar de opdracht was gegund. De gestelde winstderving is toekomstig en hypothetisch, aangezien zelfs indien de opdracht niet aan de gekozen inschrijver zou zijn gegund op basis van het bestreden besluit en de bestreden evaluatie, verzoekster er niet zeker van kon zijn geweest dat zij de opdracht zou hebben verkregen. Hoewel het Gerecht het gunningsbesluit kan vernietigen, kan het het bestuur nimmer ertoe verplichten de opdracht aan een bepaalde inschrijver te gunnen. Volgens de rechtspraak kan een dergelijk verlies derhalve niet in aanmerking worden genomen.

Beoordeling door het Gerecht

207 Volgens vaste rechtspraak moet voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap uit hoofde van artikel 288, tweede alinea, EG zijn voldaan aan aantal voorwaarden, te weten onrechtmatigheid van de aan de instelling verweten gedraging, het bestaan van schade en een oorzakelijk verband tussen die gedraging en de gestelde schade. Bijgevolg kan de Gemeenschap slechts aansprakelijk worden

gehouden indien is voldaan aan alle voorwaarden (arrest Hof van 29 september 1982, Oleifici Mediterranei/EEG, 26/81, Jurispr. blz. 3057, punt 16, en arrest Gerecht van 16 oktober 1996, Efisol/Commissie, T-336/94, Jurispr. blz. II-1343, punt 30).

208 In casu moet allereerst worden onderzocht of is voldaan aan de voorwaarde van een oorzakelijk verband tussen de onrechtmatige gedraging van de EIB en de door verzoekster gestelde schade.

209 Ten aanzien van de voorwaarde dat een oorzakelijk verband moet bestaan tussen de verweten gedraging en de gestelde schade, moet volgens vaste rechtspraak de gestelde schade een voldoende rechtstreeks gevolg van het verweten gedrag zijn, dat wil zeggen dat dit de beslissende oorzaak van de schade moet zijn (zie in die zin arrest Hof van 4 oktober 1979, Dumortier e.a./Raad, 64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 en 45/79, Jurispr. blz. 3091, punt 21, en arrest Gerecht van 11 juli 1996, International Procurement Services/Commissie, T-175/94, Jurispr. blz. II-729, punt 55). De bewijslast van dat causaal verband rust op de verzoekende partij (zie arrest Hof van 30 januari 1992, Finsider e.a./Commissie, C-363/88 en C-364/88, Jurispr. blz. I-359, punt 25, en arrest Gerecht van 24 april 2002, EVO/Raad en Commissie, T-220/96, Jurispr. blz. II-2265, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

210 Blijkens het verzoekschrift (zie punt 81 supra) stelt verzoekster schade te hebben geleden, overeenkomend met „de geraamde brutowinst uit de [...] procedure van openbare aanbesteding ingeval het contract aan verzoekster zou zijn gegund". Verzoekster erkent in haar memories dat de EIB alleen tot betaling van een schadevergoeding gelijk aan de brutowinst, zoals berekend in het verzoekschrift, kan worden veroordeeld indien het Gerecht tot de vaststelling komt dat haar offerte na de fase van de vergelijkende evaluatie als eerste geplaatst had moeten worden (zie punt 204 supra). De schadevordering van verzoekster berust derhalve op de overtuiging dat het bestreden besluit eraan in de weg heeft gestaan dat de opdracht aan haar werd gegund en dat zij met de EIB de raamovereenkomst voor de uitvoering van de opdracht kon sluiten. De vordering moet derhalve zo worden uitgelegd dat zij is bedoeld ter compensatie van het verlies van de opdracht zelf, niet ter compensatie van het verlies van de kans om de overeenkomst te sluiten. Daaraan doet niet af dat verzoekster ter terechtzitting in

antwoord op een vraag van het Gerecht heeft verklaard dat de schadevordering in zekere zin ook ziet op het verlies van de kans, omdat het feit dat zij deze overeenkomst niet heeft kunnen sluiten haar kansen op toewijzing van andere overheidsopdrachten in de toekomst in gevaar brengt en, in het algemeen, op het terugverdienen van de vaste kosten die zij moet maken in verband met haar activiteiten op het gebied van overheidsaanbestedingen. Buiten het feit dat deze nieuwe schadevorderingen tardief zijn aangevoerd en bijgevolg niet-ontvankelijk zijn, zijn zij hoe dan ook niet gebaseerd op het verlies van de kans van verzoekster om de overeenkomst te sluiten, maar op de gevolgen die haars inziens rechtstreeks voortvloeien uit het verlies van de opdracht zelf.

211 Verzoekster heeft in casu niets aangetoond of bewijs aan het Gerecht overgelegd op basis waarvan het Gerecht met enige mate van zekerheid kan concluderen dat haar offerte in de vergelijkende evaluatie van de offertes als eerste geplaatst had moeten worden. Hoe het ook zij, zelfs ervan uitgaande dat verzoeksters offerte als eerste geplaatst had moeten worden en zij derhalve de opdracht had moeten verkrijgen, was de EIB daardoor niet gehouden de raamovereenkomst met verzoekster te sluiten. Er is immers geen beginsel of regel van toepassing op de aanbestedingsprocedures van de EIB die haar ertoe verplicht de betrokken overeenkomst aan te gaan met de persoon die na voltooiing van de aanbestedingsprocedure als de contractant wordt aangeduid (zie in die zin en naar analogie arrest Fracasso en Leitschutz, punt 147 supra, punten 24 en 25, en arrest Embassy Limousines & Services/Parlement, punt 125 supra, punt 54).

212 Bijgevolg kan onmogelijk een oorzakelijk verband worden vastgesteld tussen de vaststelling van het bestreden besluit door de EIB, dat, zoals het onderzoek van het beroep tot nietigverklaring heeft aangetoond, onrechtmatig is, en de door verzoekster gestelde schade, die voortvloeit uit het verlies van de opdracht als zodanig. Mitsdien kan verzoekster geen schadevergoeding vorderen ter zake van het feit dat zij niet de raamovereenkomst met de EIB heeft gesloten, en nog minder dat zij niet de opdracht heeft uitgevoerd.

213 Gelet op het bovenstaande moet de schadevordering in haar geheel worden afgewezen.

214 Deze vaststelling laat onverlet dat verzoekster mogelijk recht heeft op compensatie op grond van artikel 266 VWEU, doordat de EIB haar na de nietigverklaring van het bestreden besluit alsnog recht moet doen wedervaren (zie punt 67 supra).

Kosten

215 Verzoekster betoogt dat zij zich gedwongen zag dit beroep in te stellen en vergoeding te vorderen van de schade die zij heeft geleden als gevolg van de gebrekkige beoordeling van haar offerte door de EIB en van het feit dat zij niet over de kenmerken en de relatieve voordelen van de gekozen offerte ten opzichte van haar eigen offerte is geïnformeerd. Het ontbreken van een motivering en het feit dat het evaluatieverslag ondanks haar verzoeken nimmer ter kennis van verzoekster is gebracht, vormen voldoende grond om de EIB te verwijzen in de kosten, ook ingeval het beroep wordt verworpen.

216 De EIB stelt dat in casu niet aan de voorwaarden van artikel 87, lid 3, tweede alinea, van het Reglement voor de procesvoering is voldaan en dat derhalve artikel 87, lid 2, van dat Reglement van toepassing is. Verzoekster heeft niet aangetoond dat de EIB haar nodeloos of vexatoir kosten heeft laten maken, en de EIB heeft dat ook niet gedaan. Voorts moet in aanmerking worden genomen dat de EIB gehoor heeft gegeven aan verzoeksters verzoeken om aanvullende inlichtingen, met name door haar brief van 1 augustus 2008 (arrest Gerecht van 26 februari 2002, T-169/00, Esedra/Commissie, Jurispr. blz. II-609, punt 192). Op het moment dat verzoekster haar beroep instelde, beschikte zij derhalve over alle noodzakelijke informatie om haar rechten te verdedigen.

217 Artikel 87, lid 3, tweede alinea, van het Reglement voor de procesvoering bepaalt dat het Gerecht een partij kan veroordelen tot vergoeding van de door haar toedoen aan de wederpartij opgekomen kosten, die naar het oordeel van het Gerecht nodeloos of vexatoir zijn veroorzaakt. Gezien het feit dat in casu het bestreden besluit ontoereikend is gemotiveerd, en rekening houdend met de talrijke onrechtmatigheden aan de

kant van de EIB in de aanbestedingsprocedure die is uitgemond in de vaststelling van dat besluit, waardoor verzoekster zich gedwongen zag het onderhavige beroep in te stellen, moet de EIB worden verwezen in de kosten.

Het Gerecht (Vierde kamer),

rechtdoende, verklaart

1) **Het besluit van de Europese Investeringsbank (EIB) strekkende tot afwijzing van de door Evropaïki Dynamiki — Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE ingediende offerte in het kader van aanbesteding 2007/S 176-215155 voor diensten, bestaande in de verlening van „bijstand bij het onderhouden, ondersteunen en ontwikkelen van het frontofficeleensysteem (Serapis)", en tot gunning van de opdracht aan Sybase BVBA, wordt nietig verklaard.**

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

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

Pelikánová Jürimäe Van der Woude

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 20 september 2011.

ondertekeningen

Inhoud

Voorgeschiedenis van het geding ..... II - 6379

Procesverloop en conclusies van partijen ..... II - 6384

In rechte ..... II - 6386

1. Ontvankelijkheid van het beroep ..... II - 6386

Bevoegdheid van het Gerecht ..... II - 6387

Argumenten van partijen ..... II - 6387

Beoordeling door het Gerecht ..... II - 6389

Belang van verzoekster bij het beroep tot nietigverklaring van het bestreden besluit ..... II - 6400

Argumenten van partijen ..... II - 6400

Beoordeling door het Gerecht ..... II - 6401

Niet-betwisting van de tijdens de aanbestedingsprocedure bij de vergelijkende evaluatie van de offertes gebruikte formule ..... II - 6404

Argumenten van partijen ..... II - 6404

Beoordeling door het Gerecht ..... II - 6404

Stelling dat de schadevordering onduidelijk is ..... II - 6406

Argumenten van partijen ..... II - 6406

Beoordeling door het Gerecht ..... II - 6406

2. Ten gronde ..... II - 6408

Toepasselijk recht ..... II - 6408

Argumenten van partijen ..... II - 6408

Beoordeling door het Gerecht ..... II - 6409

Vordering tot nietigverklaring ..... II - 6413

Eerste en tweede middel ..... II - 6414

— Argumenten van partijen ..... II - 6414

— Beoordeling door het Gerecht ..... II - 6416

Derde en vierde middel ..... II - 6427

— Argumenten van partijen ..... II - 6427

— Beoordeling door het Gerecht ..... II - 6430

Zesde middel ..... II - 6437

— Argumenten van partijen ..... II - 6437

— Beoordeling door het Gerecht ..... II - 6440

Vijfde middel ..... II - 6452

— Argumenten van partijen ..... II - 6452

— Beoordeling door het Gerecht ..... II - 6456

Schadevordering ..... II - 6459

Argumenten van partijen ..... II - 6459

Beoordeling door het Gerecht ..... II - 6461

Kosten ..... II - 6464