ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer)

10 december 2009 *

In zaak T-195/08,

Antwerpse Bouwwerken NV, gevestigd te Antwerpen (België), aanvankelijk vertegenwoordigd door J. Verbist en D. de Keuster, vervolgens door J. Verbist, B. van de Walle de Ghelcke en A. Vandervennet, advocaten,

verzoekster,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door E. Manhaeve als gemachtigde, bijgestaan door M. Gelders, advocaat,

verweerster,

betreffende enerzijds een beroep tot nietigverklaring van het besluit van de Commissie tot afwijzing van verzoeksters offerte in het kader van een niet-openbare aanbesteding voor de bouw van een productiehal voor referentiematerialen op het domein van het

* Procestaal: Nederlands.

Instituut voor referentiematerialen en metingen te Geel (België) en tot gunning van de overheidsopdracht aan een andere inschrijver, en anderzijds een beroep tot vergoeding van de schade die verzoekster stelt te hebben geleden als gevolg van dit besluit van de Commissie,

wijst

HET GERECHT (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: M. Vilaras (rapporteur), kamerpresident, M. Prek en V. M. Ciucă, rechters,

griffier: J. Plingers, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 10 juni 2009,

het navolgende

Arrest

Toepasselijke bepalingen

1 De artikelen 27, lid 1, 89, lid 1, 91, lid 1, 99, 100, lid 2, en 101 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 L 248, blz. 1), zoals gewijzigd bij verordening (EG, Euratom)

nr. 1995/2006 van de Raad van 13 december 2006 (PB L 390, blz. 1) (hierna: „Financieel Reglement"), bepalen:

„Artikel 27

1. De begrotingskredieten worden aangewend volgens het beginsel van goed financieel beheer, dat zuinigheid, efficiëntie en doeltreffendheid inhoudt.

[…]

Artikel 89

1. Bij alle geheel of gedeeltelijk door de begroting gefinancierde overheidsopdrachten worden het transparantiebeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het beginsel van gelijke behandeling en het beginsel van non-discriminatie in acht genomen.

[…]

Artikel 91

1. Bij het plaatsen van opdrachten kan een van de volgende procedures worden gevolgd:

a) de openbare procedure,

b) de niet-openbare procedure,

c) txde prijsvraag,

d) de onderhandelingsprocedure,

e) de concurrentiegerichte dialoog.

[…]

Artikel 99

Zolang de procedure voor het plaatsen van een opdracht loopt, mogen de contacten tussen de aanbestedende dienst en de gegadigden of inschrijvers slechts plaatshebben onder voorwaarden die doorzichtigheid en een gelijke behandeling garanderen. Zij mogen niet leiden tot wijziging van de voorwaarden van de opdracht of van de offerte.

Artikel 100

[…]

2. De aanbestedende dienst deelt aan elke afgewezen gegadigde of inschrijver de redenen mede waarom zijn inschrijving of offerte niet in aanmerking werd genomen, en stelt elke inschrijver die een geldige offerte heeft ingediend op zijn schriftelijk verzoek in kennis van de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte en van de naam van degene aan wie de opdracht werd gegund.

De mededeling van bepaalde gegevens kan echter achterwege worden gelaten wanneer zulks aan de toepassing van de wetten in de weg zou staan, in strijd zou zijn met het openbaar belang, afbreuk zou doen aan gewettigde commerciële belangen van openbare of particuliere ondernemingen of een eerlijke concurrentie tussen hen onmogelijk zou maken.

Artikel 101

De aanbestedende dienst kan tot op het ogenblik van de ondertekening van het contract van de opdracht afzien of de procedure voor het plaatsen van de opdracht annuleren, zonder dat de gegadigden of inschrijvers aanspraak kunnen maken op enige schadeloosstelling.

Dit besluit moet worden gemotiveerd en ter kennis van de gegadigden of inschrijvers worden gebracht."

2 De artikelen 122, 138, 139, 148 en 158 bis van verordening (EG, Euratom) nr. 2342/2002 van de Commissie van 23 december 2002 tot vaststelling van uitvoeringsvoorschriften van het Financieel Reglement (PB L 357, blz. 1), zoals gewijzigd bij verordening (EG, Euratom) nr. 1261/2005 van de Commissie van 20 juli 2005 (PB L 201, blz. 3), verordening (EG, Euratom) nr. 1248/2006 van de Commissie van 7 augustus 2006 (PB L 201, blz. 3) en verordening (EG, Euratom) nr. 478/2007 van de Commissie van 23 april 2007 (PB L 111, blz. 13) (hierna: „uitvoeringsverordening"), bepalen:

„*Artikel 122*

Typen procedures voor het plaatsen van opdrachten

(Artikel 91 van het Financieel Reglement)

1. De plaatsing van een opdracht geschiedt hetzij door middel van een uitnodiging tot inschrijving, volgens een openbare, niet-openbare of onderhandelingsprocedure na publicatie van een bekendmakingsbericht, hetzij volgens een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande publicatie van een bekendmakingsbericht, in voorkomend geval na een prijsvraag.

2. De uitnodiging tot inschrijving is openbaar wanneer elk economisch subject kan inschrijven.

Zij is niet-openbaar wanneer alle economische subjecten om deelname kunnen verzoeken en alleen de gegadigden die aan de in artikel 135 bedoelde selectiecriteria

voldoen, en die daartoe tegelijkertijd schriftelijk door de aanbestedende diensten worden uitgenodigd, een inschrijving […] kunnen indienen.

De selectiefase kan geschieden hetzij van opdracht tot opdracht, […] hetzij met het oog op de opstelling van een lijst van potentiële gegadigden in het kader van de in artikel 128 bedoelde niet-openbare procedure.

[…]

Artikel 138

Wijze van gunning en gunningscriteria

(Artikel 97, lid 2, van het Financieel Reglement)

1. Onverminderd artikel 94 van het Financieel Reglement, worden opdrachten op een van de volgende twee manieren gegund:

a) bij aanbesteding, in welk geval de opdracht wordt gegund aan degene die onder de deugdelijke en overeenkomstig de vraag ingediende offertes het laagste bod doet;

b) door gunning aan de economisch voordeligste inschrijving.

[…]

Artikel 139

Abnormaal lage offertes

(Artikel 97, lid 2, van het Financieel Reglement)

1. Wanneer voor een bepaalde opdracht abnormaal lage offertes worden ingediend, vraagt de aanbestedende dienst voordat hij deze offertes alleen om deze reden afwijst schriftelijk om de door hem dienstig geachte preciseringen over de samenstelling van de offerte en onderzoekt hij deze op contradictoire wijze aan de hand van de ontvangen toelichtingen.

[…]

Artikel 148

Contacten tussen aanbestedende diensten en inschrijvers

(Artikel 99 van het Financieel Reglement)

1. Contacten tussen de aanbestedende dienst en de inschrijvers gedurende de procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht zijn bij wijze van uitzondering in de in de leden 2 en 3 bedoelde omstandigheden toegestaan.

[…]

3. Na de opening van de offertes mag de aanbestedende dienst, indien een offerte aanleiding geeft tot een verzoek om opheldering of indien duidelijk materiële fouten in de bewoordingen van de offerte moeten worden verbeterd, met de inschrijver contact opnemen, maar dit contact mag niet leiden tot wijziging van de voorwaarden van de offerte.

[…]

Artikel 158 bis

Wachttermijn voor de ondertekening van het contract

(Artikel 105 van het Financieel Reglement)

1. De aanbestedende dienst ondertekent het contract of het kadercontract, dat onder richtlijn 2004/18/EG valt, met de succesvolle inschrijver pas wanneer 14 kalenderdagen zijn verstreken.

Deze termijn begint te lopen vanaf een van de volgende data:

a) de dag volgende op de datum van de gelijktijdige kennisgeving van de gunnings-besluiten en afwijzingsbesluiten;

b) indien het contract of het kadercontract is gegund uit hoofde van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging van een opdracht, de datum na de publicatie van het in artikel 118 bedoelde gunningsbericht in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.

Indien nodig, kan de aanbestedende dienst de ondertekening van het contract voor aanvullend onderzoek opschorten, indien dit gerechtvaardigd is op grond van verzoeken of opmerkingen die afgewezen of benadeelde inschrijvers of gegadigden

hebben geformuleerd, of op grond van andere relevante informatie die is ontvangen. De verzoeken, opmerkingen of informatie moeten zijn ontvangen gedurende de in de eerste alinea vastgestelde termijn. In geval van opschorting worden alle gegadigden of inschrijvers binnen drie werkdagen na het besluit tot opschorting in kennis gesteld. Behalve in de in lid 2 genoemde gevallen, zijn contracten die voor het verstrijken van de in de eerste alinea vastgestelde termijn zijn ondertekend, nietig. Wanneer het contract of het kadercontract niet aan de beoogde succesvolle inschrijver kan worden toegekend, kan de aanbestedende dienst het toekennen aan de op één na best gerangschikte inschrijver.

[…]"

3 De artikelen 2 en 28 van 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 L 134, blz. 114) luiden:

„*Artikel 2*

Beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten

Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen.

[…]

Artikel 28

Toepassing van openbare en niet-openbare procedures, van procedures van gunning door onderhandelingen en van de concurrentiegerichte dialoog

Bij het plaatsen van hun overheidsopdrachten maken de aanbestedende diensten gebruik van de nationale procedures die voor de toepassing van deze richtlijn zijn aangepast.

Zij maken voor het plaatsen van deze overheidsopdrachten gebruik van de openbare of de niet-openbare procedure. […]”

Voorgeschiedenis van het geding

4 De Europese Commissie besliste tot gunning van een overheidsopdracht voor de bouw van een productiehal voor referentiematerialen op het domein van het Instituut voor referentiematerialen en metingen (IRMM) te Geel (België). Zij koos voor de niet-openbare procedure in de zin van artikel 122, lid 2, tweede alinea, van de uitvoeringsverordening en schreef na publicatie van een bekendmakingsbericht op 31 mei 2006 voor deze bouw een niet-openbare aanbesteding uit.

5 Verzoekster, Antwerpse Bouwwerken NV, de vennootschap C. en twee andere ondernemingen namen aan deze procedure deel. Hun is het bestek toegezonden,

waarvan punt 25 van de administratieve bijlage bepaalt dat de betrokken overheidsopdracht zal worden gegund aan de offerte met de laagste prijs, en preciseert dat:

„alle prijzen zoals gevraagd op de meetstaat dienen te worden ingevuld, op straffe van uitsluiting uit de procedure. Dit geldt tevens voor eventuele wijzigingen aan de meetstaat in vervolg op opmerkingen die door de kandidaten tijdig worden ingediend."

6 Verzoekster diende haar offerte in op 21 september 2007. De geboden prijs bedroeg 10 315 112,32 EUR.

7 Op 5 november 2007 stelde het evaluatiecomité van de Commissie een eerste verslag van evaluatie van de ingediende offertes op. Dit verslag stelt met name dat „[vennootschap C.] een eenheidsprijs voor post 03.09.15 B heeft opgegeven, maar heeft verzuimd deze in de totaalprijs op te nemen. Daarom moet er 973,76 EUR bij worden opgeteld, hetgeen een nieuwe totaalprijs van 9 728 946,14 EUR oplevert", dat „[vennootschap C.] ook heeft verzuimd een eenheidsprijs voor post E 9.26 op te geven", dat „[verzoeksters] offerte geen lacune bevat", dat „[vennootschap C.] en [andere ondernemingen] allen hebben verzuimd prijzen voor bepaalde posten op te geven" zodat „hun offertes als niet-conform moeten worden beschouwd" en dat „dus [verzoekster] de enige conforme offerte heeft ingediend". Gelet op deze conclusie stelde het evaluatiecomité voor, de betrokken overheidsopdracht aan verzoekster te gunnen.

8 Bij schrijven van 27 februari 2008 deelde de Commissie verzoekster mee dat:

— haar offerte was uitgekozen voor de gunning van de opdracht, met dien verstande evenwel dat dit voor de Commissie geen verbintenis inhield, aangezien haar bevoegde diensten nog konden afzien van het plaatsen van de opdracht of de aanbestedingsprocedure konden annuleren, zonder dat dit verzoekster recht geeft op enige schadevergoeding;

— het contract pas kon worden ondertekend na het verstrijken van een termijn van twee kalenderweken en de Commissie zich het recht voorbehield de ondertekening van het contract voor nader onderzoek op te schorten, indien dit gerechtvaardigd was op grond van verzoeken of opmerkingen van afgewezen inschrijvers of op grond van andere ontvangen relevante inlichtingen.

9 In antwoord op een brief van vennootschap C. van 3 maart 2008, waarbij deze om nadere inlichtingen over de redenen van afwijzing van haar offerte verzocht, wees de Commissie er bij brief van 10 maart 2008 op dat deze offerte niet in overeenstemming was met de voorwaarden van het bestek en de administratieve bijlage erbij was afgewezen. Daarbij voegde de Commissie een uittreksel van het evaluatieverslag van 5 november 2007, dat er met name op wees dat deze vennootschap geen prijs voor post E 9.26 van de meetstaat had gegeven.

10 Bij brief van 11 maart 2008, die de Commissie de volgende dag ontving, wees vennootschap C. erop dat de in haar offerte ontbrekende prijs voor post E 9.26 van de meetstaat duidelijk was af te leiden uit de prijs voor de gelijkluidende post E 9.13 van deze meetstaat. Voorts achtte vennootschap C. de afwijzing van haar offerte op deze enkele grond kennelijk onbillijk, onbedachtzaam en in strijd met het zuinigheidsbeginsel, vooral gelet op het zeer geringe aandeel van de prijs voor post E 9.26 in de totale opdrachtwaarde.

11 Bij brief van 12 maart 2008 deelde de Commissie verzoekster mee dat de door een van de afgewezen inschrijvers verstrekte inlichtingen de opschorting van de ondertekening van het contract rechtvaardigden overeenkomstig artikel 158 bis, lid 1, van de uitvoeringsverordening.

12 Bij brief van 16 april 2008 vroeg de Commissie vennootschap C. te bevestigen dat haar offerte aldus moest worden opgevat dat de prijs voor post E 9.26 van de meetstaat overeenkwam met die voor post E 9.13 van deze meetstaat, namelijk 903,69 EUR, en dat na meetelling van deze prijs alsook van die voor post 03.09.15 B, die deze vennootschap per abuis niet in de totaalprijs van haar offerte had meegerekend, deze totaalprijs 9 729 849,83 EUR bedroeg.

13 Bij twee brieven van 22 april 2008, die de Commissie dezelfde dag ontving, bevestigde vennootschap C. dat dit de juiste lezing van haar offerte was.

14 Op 23 april 2008 stelde het evaluatiecomité een nieuw verslag van evaluatie van de ingediende offertes op waarin het in punt 3.2.1.3 met name opmerkte dat „[vennootschap C.] heeft verzuimd een eenheidsprijs voor post E 9.26 op te geven", maar dat „zij er in een toelichtingsbrief op had gewezen dat de prijs kon worden afgeleid uit post E 9.13 (903,69 EUR), omdat het precies dezelfde post is". Het voegt eraan toe dat „[o]p basis van deze toelichting […] 903,69 EUR bij de oorspronkelijke offerte dient te worden opgeteld" en dat „[d]it — zoals opgemerkt door de juridische dienst van de Commissie — als een opheldering van de offerte en niet als een wijziging moet worden beschouwd". Het evaluatiecomité stelde dus voor, de betrokken overheidsopdracht aan vennootschap C. te gunnen. Volgens dit nieuwe evaluatieverslag was verzoeksters offerte slechts de op twee na goedkoopste.

15 Bij brief van de Commissie van 29 april 2008, ontvangen op 5 mei 2008, is verzoekster meegedeeld dat haar offerte uiteindelijk niet voor de betrokken overheidsopdracht was uitgekozen op grond dat de door haar aangeboden prijs „hoger was dan deze van de winnaar".

16 Bij brief van dezelfde dag deelde de Commissie vennootschap C. mee dat de betrokken overheidsopdracht haar was gegund.

17 Op verzoeksters verzoek deelde de Commissie haar bij brief van 6 mei 2008 de volgende extra motivering mee:

„Tijdens de eerste evaluatie van dit omvangrijke dossier kwam u er als winnaar uit, hoewel uw prijs aanzienlijk hoger lag dan die van de huidige winnaar. Reden voor de initiële afwijzing van de huidige winnaar was dat we voor één kleine prijspost geen prijs

konden vinden. Dit was ook het geval in de offertes van de twee andere kandidaten. Daardoor werden deze offertes in een eerste instantie als niet-conform beoordeeld.

Tijdens de ‚standstill'-periode onder artikel 158 bis van [uitvoerings]verordening 2002/2342 vermeldden de andere kandidaten dat deze ontbrekende prijzen wel degelijk terug te vinden waren in hun offertes. Hierdoor werd de standstill-periode opgeschort voor nader onderzoek. Uit de nieuwe analyse bleek dat de initieel ontbrekende prijzen inderdaad waren vermeld en dus dat deze firma's hierdoor een conforme offerte had[den] ingediend. Zodoende diende er een nieuwe evaluatie van alle offertes plaats te vinden. Aangezien één van deze firma's de laagste prijs had ingediend, werd ze aangeduid als winnaar van deze aanbesteding."

18 Bij brief van 15 mei 2008, die verzoekster de volgende dag ontving, deelde de Commissie haar een afschrift van de evaluatieverslagen van 5 november 2007 en 23 april 2008 mee.

Procesverloop en conclusies van partijen

19 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 30 mei 2008, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld. Bij op dezelfde dag ter griffie neergelegde afzonderlijke akte heeft verzoekster om behandeling volgens de versnelde procedure verzocht overeenkomstig artikel 76 bis van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht. Dit verzoek is bij beschikking van 9 juli 2008 afgewezen.

20 Bij een op dezelfde dag ter griffie neergelegde en onder nummer T-195/08 R ingeschreven andere afzonderlijke akte heeft verzoekster ook een verzoek in kort geding in de zin van artikel 243 EG en de artikelen 104 en volgende van het Reglement voor de procesvoering ingediend. Bij beschikking van 15 juli 2008, Antwerpse

Bouwwerken/Commissie (T-195/08 R, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie), heeft de president van het Gerecht dit verzoek in kort geding afgewezen.

21 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Vijfde kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan, en in het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang als bedoeld in artikel 64 van het Reglement voor de procesvoering heeft het de Commissie verzocht, schriftelijk een vraag te beantwoorden en bepaalde documenten over te leggen. De Commissie heeft aan dit verzoek voldaan.

22 Partijen zijn ter terechtzitting van 10 juni 2009 gehoord in hun pleidooien en hun antwoorden op de vragen van het Gerecht.

23 Verzoekster concludeert tot:

— nietigverklaring van het besluit, medegedeeld bij brief van de Commissie van 29 april 2008, zoals aangevuld bij brief van 6 mei 2008, waarbij verzoeksters offerte is afgewezen, alsook van het besluit van de Commissie van 23 april 2008, waarbij de betrokken overheidsopdracht aan vennootschap C. is gegund, medegedeeld aan verzoekster bij brief van de Commissie van 15 mei 2008;

— niet-contractuele aansprakelijkstelling van de Commissie voor de door verzoekster geleden schade, die op een later tijdstip dient te worden begroot;

— verwijzing van de Commissie in de kosten.

24 In repliek heeft verzoekster haar schade op 619 000 EUR begroot onder voorbehoud van het recht dit bedrag in de loop van het geding te herzien.

25 De Commissie concludeert tot:

— niet-ontvankelijkverklaring, subsidiair ongegrondverklaring van het beroep;

— verwijzing van verzoekster in de kosten.

Beroep tot nietigverklaring

Voorwerp van het geschil

26 In het kader van haar eerste vordering concludeert verzoekster tot nietigverklaring van het besluit van de Commissie van 29 april 2008 tot afwijzing van haar offerte en voorts tot nietigverklaring van het „besluit" van de Commissie van 23 april 2008 tot gunning van de betrokken overheidsopdracht aan vennootschap C. Dit laatste besluit zou verzoekster zijn meegedeeld bij brief van de Commissie van 15 mei 2008.

27 Zoals blijkt uit punt 18 hierboven, heeft de Commissie bij brief van 15 mei 2008 verzoekster evenwel alleen de evaluatieverslagen van 5 november 2007 en 23 april 2008 toegezonden. Deze bevatten geen enkel besluit van de Commissie, maar alleen voorstellen van het evaluatiecomité inzake de gunning van de betrokken overheids-

opdracht aan verzoekster respectievelijk vennootschap C., die de Commissie niet binden (zie in die zin arrest Hof van 16 september 1999, Fracasso en Leitschutz, C-27/98, Jurispr. blz. I-5697, punten 33 en 34, en arrest Gerecht van 24 februari 2000, ADT Projekt/Commissie, T-145/98, Jurispr. blz. II-387, punt 152).

28 Bovendien zijn deze verslagen als voorlopige maatregelen tot voorbereiding van het betrokken gunningsbesluit, dat in verschillende fasen in een interne procedure tot stand komt, zelf niet vatbaar voor beroep tot nietigverklaring. Een dergelijk beroep is alleen mogelijk tegen de maatregel houdende definitieve standpuntbepaling door de Commissie na deze interne procedure (zie in die zin arrest Hof van 11 november 1981, IBM/Commissie, 60/81, Jurispr. blz. 2639, punt 10, en arrest Gerecht van 18 december 1992, Cimenteries CBR e.a./Commissie, T-10/92–T-12/92 en T-15/92, Jurispr. blz. II-2667, punt 28), namelijk in casu het besluit tot afwijzing van de offerte van een inschrijver en dat houdende gunning van de opdracht aan een andere inschrijver.

29 Voorts heeft de Commissie, in antwoord op een verzoek van het Gerecht tot overlegging van een afschrift van haar besluit tot gunning van de betrokken overheidsopdracht aan vennootschap C., gepreciseerd dat de bevoegde dienst ten tijde van de feiten niet de gewoonte had om formele gunningsbesluiten vast te stellen, maar op basis van de aanbevelingen in het evaluatieverslag en na om een gunstig advies van een intern comité te hebben verzocht, de gekozen inschrijver het besluit meedeelde dat de opdracht aan hem was gegund, en de andere inschrijvers het besluit dat hun offertes waren afgewezen. Ter terechtzitting hebben partijen dit punt bevestigd, waarvan akte is genomen in het proces-verbaal van de terechtzitting.

30 In deze omstandigheden dient verzoeksters eerste vordering aldus te worden opgevat dat zij strekt tot nietigverklaring van het besluit van de Commissie van 29 april 2008 tot gunning van de betrokken overheidsopdracht aan vennootschap C. en tot afwijzing van verzoeksters offerte (hierna: „bestreden besluit"). Bij brieven van dezelfde dag is van dit besluit gelijktijdig aan deze vennootschap C. en aan verzoekster kennis gegeven (zie punten 15 en 16 supra).

Ontvankelijkheid

Argumenten van partijen

31 De Commissie merkt op dat verzoeksters offerte slechts als derde laagste was gerangschikt. Bij toewijzing van het beroep door het Gerecht zou dus de als tweede gerangschikte inschrijver, en niet verzoekster, de betrokken overheidsopdracht worden gegund. Bijgevolg heeft verzoekster geen enkel belang bij het onderhavige beroep, dat derhalve niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

32 Volgens verzoekster moet deze exceptie van niet-ontvankelijkheid worden afgewezen om de in de beschikking Antwerpse Bouwwerken/Commissie, punt 20 hierboven (punten 21-25), uiteengezette redenen.

Beoordeling door het Gerecht

33 Volgens vaste rechtspraak is een door een natuurlijke of rechtspersoon ingesteld beroep tot nietigverklaring slechts ontvankelijk indien de verzoeker belang heeft bij nietigverklaring van de betrokken handeling (zie arrest Gerecht van 28 september 2004, MCI/Commissie, T-310/00, Jurispr. blz. II-3253, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Een dergelijk belang is slechts voorhanden, indien de nietigverklaring van die handeling op zichzelf rechtsgevolgen kan hebben (zie arrest Gerecht van 14 september 1995, Antillean Rice Mills e.a./Commissie, T-480/93 en T-483/93, Jurispr. blz. II-2305, punt 59 en aldaar aangehaalde rechtspraak) en dus de uitslag van het beroep de verzoeker een voordeel kan opleveren (zie in die zin arrest Hof van 25 juli 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Raad, C-50/00 P, Jurispr. blz. I-6677, punt 21).

34 Derhalve dient te worden nagegaan of een eventuele nietigverklaring van het bestreden besluit verzoekster in casu een voordeel kan opleveren. Volgens de Commissie is dat niet het geval, daar zij bij een dergelijke nietigverklaring de betrokken overheidsopdracht kan gunnen aan de inschrijver met de als tweede gerangschikte offerte, en niet aan verzoekster, met de als derde gerangschikte offerte.

35 Het is juist dat, indien de offerte van vennootschap C. zou moeten worden afgewezen omdat zij niet in overeenstemming is met de bestekvoorwaarden, dit niet automatisch zou betekenen dat de betrokken overheidsopdracht aan verzoekster wordt gegund. Het is evenwel ook zo dat de Commissie in haar evaluatieverslag van 23 april 2008 preciseert dat de als tweede gerangschikte onderneming — net als vennootschap C. — had verzuimd, de prijs voor bepaalde posten van de meetstaat op te geven, maar de Commissie de offerte van deze onderneming (10 140 841,12 EUR) na verduidelijking door deze onderneming toch in overeenstemming met de bestekvoorwaarden had verklaard.

36 Verzoekster baseert haar beroep tot nietigverklaring op één middel, in het kader waarvan zij juist de conclusie van de Commissie betwist dat de offerte van een onderneming die heeft verzuimd daarin de prijs voor bepaalde posten van de meetstaat op te geven, na verduidelijking door deze onderneming toch in overeenstemming met de bestekvoorwaarden kan worden verklaard.

37 In het geval dat de offerte van vennootschap C. wordt afgewezen wegens het door verzoekster gestelde gebrek, kan er dus voor de Commissie een juridisch beletsel bestaan om de betrokken overheidsopdracht te gunnen aan de als tweede gerangschikte onderneming, waarvan de offerte mank gaat aan hetzelfde euvel als de offerte van vennootschap C. In die omstandigheden vormt de als tweede gerangschikte onderneming geen beletsel voor de gunning van de betrokken overheidsopdracht aan verzoekster. Verzoekster beschikt derhalve over een procesbelang en haar beroep tot nietigverklaring is ontvankelijk.

Ten gronde

Argumenten van partijen

38 In het kader van haar enige middel stelt verzoekster dat artikel 91 van het Financieel reglement, de artikelen 122, 138 en 148 van de uitvoeringsverordening alsook de artikelen 2 en 28 van richtlijn 2004/18 zijn geschonden. Zij herinnert eraan dat de betrokken overheidsopdracht werd gegund na een niet-openbare aanbesteding zoals overigens blijkt uit de punten 2 en 4.3 van de administratieve bijlage bij het bestek. Ook blijkt uit punt 25 van deze bijlage dat er slechts één gunningscriterium was, namelijk de door elke inschrijver aangeboden prijs en voorts dat alle prijzen zoals gevraagd op de meetstaat dienden te worden ingevuld „op straffe van uitsluiting uit de procedure".

39 Bij een niet-openbare procedure zijn bovendien geen onderhandelingen tussen de aanbestedende dienst en de inschrijvers mogelijk. Evenmin mogen de inschrijvers hun offerte na indiening ervan wijzigen of aanvullen. De aanbestedende dienst is dus verplicht, een offerte die niet in overeenstemming is met de bestekvoorwaarden, af te wijzen. Anders zou de mogelijkheid om verduidelijkingen met betrekking tot de offertes te vragen, het beginsel van non-discriminatie tussen de inschrijvers en de transparantieplicht schenden. Deze laatste zijn opgenomen in artikel 2 van richtlijn 2004/18, die krachtens het bestek in casu toepasselijk is.

40 In het arrest van 22 juni 1993, Commissie/Denemarken (C-243/89, Jurispr. blz. I-3353, punt 37), stelde het Hof ook dat de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers vereist dat alle offertes beantwoorden aan de bestekvoorschriften, teneinde een objectieve vergelijking ervan te waarborgen. Aan dit vereiste is niet voldaan wanneer de inschrijvers voorbehouden mogen formuleren in hun offertes waardoor zij kunnen afwijken van de „fundamentele voorschriften" van het bestek.

41 Uit de evaluatieverslagen blijkt ook dat de meetstaat in strijd met de duidelijke aanwijzingen in punt 25 van de administratieve bijlage bij het bestek in de offerte van vennootschap C. niet volledig was ingevuld, aangezien de prijs voor post E 9.26 ontbrak. Daarom stelde het evaluatiecomité in zijn evaluatieverslag van 5 november 2007 voor, deze offerte als niet-conform af te wijzen. Na tussenkomst van de vennootschap C. wijzigde dit comité evenwel zijn standpunt in het evaluatieverslag van 23 april 2008.

42 Een dergelijke tussenkomst is verboden in een niet-openbare procedure in de zin van artikel 122, lid 2, van de uitvoeringsverordening, waarin geen onderhandelingen van de aanbestedende dienst met de verschillende inschrijvers zijn toegestaan. Anders dan in het in punt 3.2.1.3 van het evaluatieverslag van 23 april 2008 vermelde advies van de juridische dienst van de Commissie, kan de brief van vennootschap C. van 22 april 2008 niet als een opheldering worden beschouwd, daar deze niet een reeds in haar offerte aanwezig gegeven betreft, maar strekt tot vervollediging van deze offerte door toevoeging van een prijs die daarin niet was opgegeven. In feite heeft de Commissie vennootschap C. toegestaan haar ingediende offerte te wijzigen, terwijl dat in het kader van de in casu gevolgde niet-openbare procedure verboden is.

43 De niet-vermelding van de aangeboden prijs voor een post van de meetstaat kan namelijk niet als een materiële fout in de zin van artikel 148, lid 3, van de uitvoeringsverordening worden aangemerkt, zelfs indien de ontbrekende prijs uit de aangeboden prijs voor een andere post van dezelfde meetstaat kan worden afgeleid. Dit vindt bevestiging in het feit dat het evaluatiecomité reeds in het evaluatieverslag van 5 november 2007 een materiële fout had gecorrigeerd in de offerte van vennootschap C., die de prijs voor post 03.09.15 B van de meetstaat niet in de totaalprijs had meegerekend, waardoor deze prijs met 973,76 EUR was verhoogd.

44 Vennootschap C. toestaan haar offerte aan te vullen, vormt volgens verzoekster een „procedurefout". De Commissie beschikt niet over enige beoordelingsvrijheid ter zake en moet de procedureregels strikt toepassen. De vaste rechtspraak, volgens welke de Commissie over een aanzienlijke beoordelingsvrijheid beschikt ten aanzien van de inschrijvingen op een aanbesteding, is irrelevant in de onderhavige zaak, aangezien het

geen kennelijke beoordelingsfout maar een „procedurefout" betreft. Om dezelfde reden is het evenredigheidsbeginsel in casu niet van toepassing.

45 Zelfs indien wordt aangenomen dat de Commissie over een beoordelingsvrijheid beschikte wat de inaanmerkingneming van een onvolledige meetstaat betreft, heeft zij een fout begaan door tot de uitsluiting van de betrokken inschrijver te beslissen en verzoekster te informeren dat haar de opdracht werd toegewezen, alvorens haar standpunt te wijzigen en de opdracht aan deze inschrijver te gunnen na tussenkomst van deze laatste. Verzoekster stelt ook dat de Commissie zich bij brief van 27 februari 2008 weliswaar het recht voorbehield om de ondertekening van het contract op te schorten, maar dat dit niet tot een andere conclusie kan leiden daar zij, na te hebben vernomen dat de opdracht haar zou worden gegund, de nodige maatregelen moest treffen, waaronder niet deelnemen aan andere aanbestedingen, teneinde zich beschikbaar te houden om met de in de betrokken overheidsopdracht bedoelde bouw te kunnen beginnen.

46 Bovendien, aldus verzoekster, is de omschrijving van de posten E 9.13 en E 9.26 in de meetstaat weliswaar identiek, maar dit neemt niet weg dat de prijs van vennootschap C. voor de tweede van deze posten niet uit de prijs voor de eerste kan worden afgeleid. Dezelfde omschrijving is namelijk te vinden in andere posten van de meetstaat, namelijk de posten E 9.05, E 9.22, E 9.31, E 9.37 en E 9.43. Verzoekster bood evenwel verschillende prijzen aan voor elk van deze posten. Daar de prijs van vennootschap C. voor post E 9.26 niet kan worden afgeleid, had de Commissie haar offerte als onvolledig moeten uitsluiten, zoals aanvankelijk geadviseerd door het evaluatiecomité.

47 Ten slotte, aldus verzoekster, voldoet het bestreden besluit evenmin aan het transparantiebeginsel van artikel 2 van richtlijn 2004/18, daar de kopieën van de meegedeelde evaluatieverslagen op een aantal punten zonder objectieve rechtvaardiging onleesbaar zijn gemaakt. Bijgevolg is verzoekster van mening dat zij nog niet volledig is geïnformeerd, zodat de „stand-stillperiode" van artikel 158 bis van de uitvoeringsverordening nog geen aanvang heeft genomen.

48 De Commissie betwist verzoeksters argumenten.

Beoordeling door het Gerecht

49 Volgens de rechtspraak beschikt de Commissie over een aanzienlijke beoordelingsvrijheid ten aanzien van de in aanmerking te nemen omstandigheden bij een besluit inzake de gunning van een opdracht (arresten Gerecht van 26 februari 2002, Esedra/Commissie, T-169/00, Jurispr. blz. II-609, punt 95, en 14 februari 2006, TEA-CEGOS e.a./Commissie, T-376/05 en T-383/05, Jurispr. blz. II-205, punt 50). In deze context beschikt de Commissie ook over een ruime beoordelingsbevoegdheid om zowel de inhoud als de uitvoering van de toepasselijke regels voor het gunnen van een opdracht te bepalen (arrest TEA-CEGOS e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 51).

50 Al dient een aanbestedende dienst de aanbestedingsvoorwaarden nauwkeurig en duidelijk op te stellen, hij is niet verplicht om in te gaan op alle mogelijke gevallen, hoe zeldzaam ook, die zich in de praktijk kunnen voordoen (beschikking Hof van 20 april 2007, TEA-CEGOS en STG/Commissie, C-189/06 P, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 30).

51 Een bestekvoorwaarde moet worden uitgelegd op basis van het voorwerp, het systeem en de bewoordingen ervan (zie in die zin beschikking TEA-CEGOS en STG/Commissie, punt 50 hierboven, punt 46). Bij twijfel kan de betrokken aanbestedende dienst per geval en met inachtneming van alle relevante factoren beoordelen of een dergelijke voorwaarde toepasselijk is (zie in die zin beschikking TEA-CEGOS en STG/Commissie, punt 50 supra, punt 31).

52 Gelet op de in punt 49 supra vermelde aanzienlijke beoordelingsvrijheid van de Commissie dient de rechterlijke toetsing ertoe beperkt te blijven, na te gaan of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn

vastgesteld, en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling of misbruik van bevoegdheid (zie arrest TEA-CEGOS e.a./Commissie, punt 49 supra, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

53 Bij deze toetsing moet het Gerecht met name nagaan of de uitlegging door de Commissie als aanbestedende dienst van een bestekvoorwaarde al dan niet correct is (zie in die zin beschikking TEA-CEGOS en STG/Commissie, punt 50 supra, punt 46).

54 Voorts dient erop te worden gewezen dat artikel 148, lid 3, van de uitvoeringsverordening de instellingen de mogelijkheid biedt om met de inschrijver contact op te nemen indien een offerte aanleiding geeft tot een verzoek om opheldering of indien duidelijk materiële fouten in de bewoordingen van de offerte moeten worden verbeterd. Hieruit volgt dat deze bepaling niet aldus mag worden uitgelegd dat zij de instellingen verplicht om in de daarin aangegeven uitzonderlijke en gelimiteerde omstandigheden contact op te nemen met inschrijvers (zie naar analogie arrest Gerecht van 8 mei 1996, Adia interim/Commissie, T-19/95, Jurispr. blz. II-321, punten 43 en 44).

55 Dit ligt alleen anders wanneer deze mogelijkheid op grond van algemene rechtsbeginselen voor de Commissie kon resulteren in een verplichting om contact met een inschrijver op te nemen (zie in die zin en naar analogie arrest Adia interim/Commissie, punt 54 supra, punt 45).

56 Dat is met name het geval wanneer een offerte dubbelzinnig is opgesteld en blijkens de omstandigheden van de zaak waarvan de Commissie kennis heeft, de dubbelzinnigheid waarschijnlijk eenvoudig te verklaren is en gemakkelijk kan worden opgeheven. Dan is het in beginsel in strijd met het beginsel van behoorlijk bestuur wanneer de Commissie een inschrijving afwijst zonder gebruik te maken van haar bevoegdheid om preciseringen te vragen. Het zou in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling wanneer haar in dergelijke omstandigheden een absolute discretionaire bevoegdheid

werd toegekend (zie in die zin arrest Gerecht van 27 september 2002, Tideland Signal/Commissie, T-211/02, Jurispr. blz. II-3781, punten 37 en 38).

57 Bovendien mogen handelingen van de instellingen volgens het evenredigheidsbeginsel niet buiten de grenzen 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 Hof van 5 mei 1998, National Farmers' Union e.a., C-157/96, Jurispr. blz. I-2211, punt 60). Dit beginsel wil dat de aanbestedende dienst, wanneer er sprake is van een dubbelzinnige offerte en een verzoek om inhoudelijke precisering ervan tot rechtszekerheid alsook tot onmiddellijke afwijzing van de betrokken offerte kan leiden, de betrokken inschrijver om preciseringen verzoekt in plaats van zijn offerte zonder meer af te wijzen (zie in die zin arrest Tideland Signal/Commissie, punt 56 supra, punt 43).

58 In het belang van de rechtszekerheid is het evenwel ook van wezenlijk belang, dat de Commissie in staat is om zich nauwkeurig van de inhoud van de inschrijving op een aanbesteding te vergewissen en, met name, van de overeenstemming ervan met de bestekvoorwaarden. Wanneer een inschrijving dubbelzinnig is en de Commissie niet snel en doeltreffend kan vaststellen wat de werkelijke inhoud ervan is, heeft de instelling geen andere keuze dan de inschrijving af te wijzen (arrest Tideland Signal/Commissie, punt 56 supra, punt 34).

59 Ten slotte staat het uiteindelijk aan het Gerecht om te bepalen of de antwoorden van een inschrijver op een inlichtingenverzoek van de aanbestedende dienst als een inhoudelijke opheldering van de offerte van deze inschrijver kunnen gelden, dan wel dit kader te buiten gaan en de inhoud van deze offerte wijzigen rekening houdend met de bestekvoorwaarden (zie in die zin arrest Esedra/Commissie, punt 49 supra, punt 52).

60 In casu dient om te beginnen te worden nagegaan of, wanneer een inschrijver in de meetstaat bij zijn offerte de voor een post aangeboden prijs niet heeft opgegeven, de voorwaarde van punt 25 van de administratieve bijlage bij het bestek aldus moet worden uitgelegd dat deze offerte moet worden afgewezen, zoals verzoekster in wezen stelt, dan wel dat zij niet mag worden afgewezen wanneer het betrokken materiële verzuim eenvoudig te verklaren is en de ontbrekende prijs gemakkelijk en met zekerheid kan worden afgeleid uit de aangeboden prijs voor een andere post van voormelde meetstaat, zoals de Commissie stelt.

61 De voorwaarde van punt 25 van de administratieve bijlage bij het bestek strekt ertoe, de aanbestedende dienst — in casu de Commissie — een gedetailleerd beeld te geven van de wijze waarop de door elke inschrijver voor de betrokken overheidsopdracht aangeboden totaalprijs is samengesteld uit individuele prijzen voor de verschillende werkzaamheden die zijn vervat in deze overheidsopdracht.

62 Gelet op de verduidelijkingen van partijen hierover ter terechtzitting dient ook te worden vastgesteld dat de verplichting van elke inschrijver om een prijs voor alle posten van de meetstaat op te geven, voorts ertoe strekt dat de Commissie gemakkelijk kan verifiëren of de door elke inschrijver aangeboden totaalprijs exact is en of deze prijs normaal is overeenkomstig artikel 139, lid 1, van de uitvoeringsverordening. Ten slotte beoogt deze verplichting de aanpassing van de voor de betrokken overheidsopdracht aangeboden totaalprijs te vergemakkelijken in het geval dat in het kader van de uitvoering van de overheidsopdracht, na gunning ervan, extra werkzaamheden noodzakelijk blijken te zijn.

63 De verwezenlijking van voormelde doelstellingen inzake de voorwaarde van punt 25 van de administratieve bijlage bij het bestek wordt geenszins op losse schroeven gezet door de uitlegging van deze bepaling door de Commissie, volgens welke een offerte niet onvolledig is en niet dient te worden afgewezen indien de voor een bepaalde post ontbrekende prijs met zekerheid kan worden afgeleid uit de opgegeven prijs voor een andere post in dezelfde meetstaat, of minstens na inhoudelijke preciseringen over deze offerte te hebben verkregen van degene die ze heeft opgesteld.

64 Zoals de Commissie stelt, wordt in dit laatste geval namelijk niet een nieuwe prijs voor de post in de betrokken meetstaat toegevoegd, maar wordt louter de offerte inhoudelijk aldus gepreciseerd dat de voor een bepaalde post aangeboden prijs ook moet worden geacht te gelden voor iedere andere post met identieke of soortgelijke inhoud.

65 In een dergelijk geval zou de door verzoekster bepleite zuiver letterlijke en enge uitlegging van de voorwaarde van punt 25 van de administratieve bijlage bij het bestek leiden tot afwijzing van economisch voordelige offertes wegens verzuim of kennelijke en onbelangrijke materiële fouten, hetgeen — zoals de Commissie terecht stelt — uiteindelijk niet te rijmen is met het in artikel 27 van het Financieel Reglement gestelde beginsel van „zuinigheid".

66 Tegen de achtergrond van deze overwegingen dient vervolgens te worden nagegaan of de Commissie terecht van mening was dat de door vennootschap C. voor post E 9.26 van de meetstaat voorgestelde prijs in casu met zekerheid kon worden afgeleid uit de door deze vennootschap voor een andere post van dezelfde meetstaat aangeboden prijs, hetgeen ertoe leidde dat de Commissie de door deze vennootschap ingediende offerte niet afwees als niet in overeenstemming met de bestekvoorwaarden.

67 Dienaangaande dient eraan te worden herinnerd dat vennootschap C., na op de hoogte te zijn gebracht van het besluit van de Commissie tot gunning van de betrokken overheidsopdracht aan verzoekster, de Commissie overeenkomstig artikel 100, lid 2, van het Financieel Reglement eerst heeft verzocht om mededeling van de motivering van de afwijzing van haar offerte. Na kennisneming van deze motivering diende deze vennootschap krachtens artikel 158 bis, lid 1, van de uitvoeringsverordening en binnen de in deze bepaling gestelde termijn opmerkingen in waarin zij de Commissie verzocht haar de betrokken overheidsopdracht te gunnen op grond dat de prijs voor post E 9.26 niet ontbrak in de meetstaat bij haar offerte, aangezien hij duidelijk kon worden afgeleid uit de prijs voor post E 9.13 (zie de punten 9 en 10 supra).

68 Ook dient erop te worden gewezen dat blijkens de op verzoek van het Gerecht door de Commissie overgelegde uittreksels van de meetstaten bij de offertes van verzoekster en vennootschap C. de posten E 9.05, E 9.13, E 9.22, E 9.26, E 9.31, E 9.37 en E 9.43 alle gelijkluidend zijn en eenzelfde installatie betreffen, namelijk een semiautomatische omschakelcentrale voor gascilinders.

69 Voormelde zeven posten kunnen in de eerste plaats worden onderscheiden naar de plaats van de betrokken installatie, daar elke post verwijst naar een verschillend lokaal of laboratorium. Ter terechtzitting hebben partijen er evenwel op gewezen dat het voor de kostprijs van deze installatie en dus voor de door elke inschrijver voor de overeenkomstige post aangeboden prijs geen rol speelt waar de installatie komt.

70 In de tweede plaats kunnen deze zeven posten ook van elkaar worden onderscheiden naar de aard van het gas waarvoor de betrokken installatie zal worden gebruikt. Zo worden de installaties van de posten E 9.05, E 9.22, E 9.31, E 9.37 en E 9.43 gebruikt voor niet-brandbare gassen. De in de posten E 9.13 en E 9.26 bedoelde installaties worden daarentegen gebruikt voor propaangas, dat een brandbaar gas is.

71 Ter terechtzitting heeft de Commissie, zonder door verzoekster te zijn tegengesproken, opgemerkt dat het voor de kostprijs van de betrokken installatie en dus voor de door elke inschrijver voor de overeenkomstige post aangeboden prijs een rol kan spelen of het al dan niet om een brandbaar gas gaat. Het Gerecht stelt inderdaad vast dat blijkens het uittreksel van de meetstaat bij verzoeksters offerte deze laatste dezelfde prijs (880,69 EUR) biedt voor elk van de posten E 9.05, E 9.22, E 9.31, E 9.37 en E 9.43, die niet-brandbare gassen betreffen, en een andere prijs (1 016,92 EUR) voor de posten E 9.13 en E 9.26, die een brandbaar gas betreffen.

72 Wat de vennootschap C. betreft, blijkt uit het uittreksel van de meetstaat bij haar offerte dat zij ook dezelfde prijs (782,63 EUR) voor elk van de posten E 9.05, E 9.22, E 9.31,

E 9.37 en E 9.43 voorstelde. Bovendien stelde zij een prijs van 903,69 EUR voor post E 9.13 voor, terwijl zij in de meetstaat bij haar offerte geen enkele prijs voor post E 9.26 opgaf.

73 Voorts dient te worden vastgesteld dat zowel in de offerte van verzoekster als die van vennootschap C. de aangeboden prijs voor de betrokken installatie bestemd voor gebruik voor niet-brandbare gassen, 86,60 % uitmaakt van de aangeboden prijs voor dezelfde installatie wanneer deze is bestemd voor gebruik voor propaangas, een brandbaar gas.

74 De Commissie beschouwde de niet-opgegeven prijs voor post E 9.26 in de meetstaat bij de offerte van vennootschap C. dus terecht als een gewone materiële fout in deze offerte of althans als een eenvoudig te verklaren en gemakkelijk op te helderen dubbelzinnigheid. Het in de punten 68 tot en met 73 supra vermelde noopt namelijk tot de conclusie dat de ontbrekende prijs voor post E 9.26 van de meetstaat van de offerte van vennootschap C. niet kan verschillen van de door deze vennootschap voor post E 9.13 aangeboden prijs (903,69 EUR), en dat deze vennootschap slechts door onachtzaamheid deze prijs niet heeft vermeld voor post E 9.26 van de meetstaat.

75 Derhalve kon de Commissie overeenkomstig artikel 148, lid 3, van de uitvoeringsverordening en zonder de voorwaarde van punt 25 van de administratieve bijlage bij het bestek te schenden, vennootschap C. verzoeken om opheldering over de inhoud van haar offerte.

76 Dat vennootschap C. na indiening van haar opmerkingen over de afwijzing van haar offerte om verduidelijking is verzocht, heeft weinig belang. Zoals de Commissie terecht opmerkt, zou artikel 158 bis, lid 1, van de uitvoeringsverordening namelijk elke betekenis verliezen indien de Commissie na de indiening van opmerkingen overeenkomstig deze bepaling niet mocht verzoeken om de opheldering die zij dienstig

acht en, in voorkomend geval, haar besluit tot gunning van de betrokken overheidsopdracht niet mocht intrekken en aan een andere inschrijver gunnen.

77 In antwoord op haar verzoek tot opheldering aan vennootschap C. kreeg de Commissie de bevestiging van deze vennootschap dat haar offerte daadwerkelijk aldus moest worden opgevat dat de prijs voor post E 9.26 dezelfde was als die voor post E 9.13 (zie punten 12 en 13 supra). Gelet hierop kwam de Commissie terecht tot de conclusie dat deze offerte in overeenstemming was met de bestekvoorwaarden en gunde zij vervolgens terecht de betrokken overheidsopdracht aan deze vennootschap, daar haar offerte de laagste was.

78 Verzoeksters betoog laat deze conclusie onverlet. In de eerste plaats is de Commissie, anders dan verzoekster stelt, geen verboden onderhandelingen met vennootschap C. begonnen met het oog op de wijziging van de inhoud van diens offerte, maar heeft zij alleen de haar bij artikel 148, lid 3, van de uitvoeringsverordening geboden mogelijkheid benut om te verzoeken om opheldering over de inhoud van deze offerte.

79 Wat in de tweede plaats verzoeksters betoog betreft dat het zowel in artikel 2 van richtlijn 2004/18 als in artikel 89, lid 1, van het Financieel Reglement vermelde beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers is geschonden, dient te worden opgemerkt dat dit beginsel de Commissie niet kan beletten, haar bevoegdheid uit te oefenen om overeenkomstig artikel 148, lid 3, van de uitvoeringsverordening te verzoeken om verduidelijking van de offertes na opening ervan, met dien verstande dat de Commissie bij de uitoefening van deze bevoegdheid alle inschrijvers op dezelfde wijze moet behandelen (zie in die zin en naar analogie arrest Tideland Signal/Commissie, punt 56 supra, punt 38).

80 In casu heeft de Commissie het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers in acht genomen, aangezien zij niet alleen vennootschap C. om opheldering heeft verzocht, maar alle inschrijvers met offertes die onder meer dezelfde fout bevatten als de offerte van vennootschap C., te weten geen prijs voor bepaalde posten van de meetstaat bij de offertes van deze inschrijvers (zie punten 7 en 17 supra). Verzoekster is niet om een dergelijke opheldering gevraagd, aangezien daartoe geen noodzaak was, daar geen enkele prijs ontbrak in de meetstaat bij haar offerte. Dat neemt niet weg dat het evaluatiecomité, zoals blijkt uit het evaluatieverslag van 23 april 2008, ook verzoeksters offerte op bepaalde punten heeft gecorrigeerd, waardoor haar totaalprijs licht is gedaald.

81 In de laatste plaats faalt ook het in punt 47 supra samengevatte argument van verzoekster, dat de afschriften van de door de Commissie aan haar meegedeelde evaluatieverslagen in strijd met het transparantiebeginsel op bepaalde punten onleesbaar zijn gemaakt, waardoor de in artikel 158 bis, lid 1, van de uitvoeringsverordening gestelde wachttermijn vóór de ondertekening van het contract nog niet is ingegaan.

82 Dienaangaande moet om te beginnen worden opgemerkt dat verzoekster ter terechtzitting er niet in slaagde om uit te leggen wat de relevantie van deze termijn in casu is, nu niet wordt betwist dat het beroep tijdig werd ingesteld.

83 Verder heeft verzoeksters verzoek, in antwoord waarop de Commissie de afschriften van de evaluatieverslagen meedeelde, plaatsgevonden na de vaststelling van het bestreden besluit. Of de Commissie dit verzoek al dan niet volledig beantwoordde, kan dus geenszins afbreuk doen aan de rechtmatigheid van het bestreden besluit, waartegen het beroep tot nietigverklaring uitsluitend is gericht.

84 Ten slotte moet het zowel in artikel 89, lid 1, van het Financieel Reglement als in artikel 2 van richtlijn 2004/18 bedoelde transparantiebeginsel in elk geval worden verzoend met de bescherming van het openbaar belang, van de gewettigde commerciële belangen van openbare of particuliere ondernemingen en van de eerlijke mededinging, die de mogelijkheid van artikel 100, lid 2, tweede alinea, van het Financieel Reglement rechtvaardigt om bepaalde gegevens niet mee te delen aan een afgewezen inschrijver wanneer een dergelijke niet-mededeling noodzakelijk is om de inachtneming van deze vereisten te verzekeren.

85 Uit alle voorgaande overwegingen volgt dat verzoeksters enige middel ter ondersteuning van haar beroep tot nietigverklaring ongegrond is, zodat dit beroep moet worden verworpen.

Beroep tot schadevergoeding

Argumenten van partijen

86 Volgens verzoekster stond de Commissie vennootschap C. in strijd met de in het kader van het beroep tot nietigverklaring aangevoerde bepalingen onrechtmatig toe om haar offerte na indiening ervan te wijzigen en aan te vullen. Dit is een voldoende gekwalificeerde schending, aangezien de Commissie haar discretionaire bevoegdheid om de offertes te beoordelen, kennelijk en ernstig heeft miskend, en hogere rechtsregels

ter bescherming van particuliere belangen heeft geschonden, waaronder het non-discriminatiebeginsel en het transparantiebeginsel. De door verzoekster geleden schade is bovendien het directe gevolg van deze door de Commissie begane onregelmatigheden. Deze schade is ook dreigend en met voldoende zekerheid voorzienbaar.

87 Voorts, aldus verzoekster, is haar beroep tot schadevergoeding ontvankelijk. Zij stelt dat onzekerheid over de omvang van de geleden schade niet kan leiden tot niet-ontvankelijkheid van een op grond van artikel 288, tweede alinea, EG ingesteld beroep tot schadevergoeding. Volgens vaste rechtspraak wordt het bepalen van de omvang van de schadevergoeding aangehouden indien op het ogenblik van de vaststelling van de gegrondheid van het beroep tot schadevergoeding de nodige gegevens voor de berekening van het schadebedrag nog niet voorhanden zijn. Daaruit volgt volgens verzoekster dat de exacte berekening van de omvang van de schade op het tijdstip van de instelling van het beroep tot schadevergoeding geen noodzakelijke voorwaarde voor ontvankelijkheid van dit beroep is.

88 Verzoekster merkt op dat zij heeft gepoogd de gunning van de betrokken overheidsopdracht te krijgen via een kortgedingprocedure, en zij haar beroep in de hoofdzaak heeft ingesteld terwijl de uitslag van die procedure nog niet gekend was. Zij heeft zich in het verzoekschrift dus voorlopig ertoe beperkt, de aansprakelijkheid van de Commissie te laten vaststellen onder voorbehoud van het recht het bedrag van de geleden schade later te begroten. Bovendien is het duidelijk dat de gestelde schade dreigend is en met voldoende zekerheid vaststaat, aangezien vaststaat dat verzoekster omzetverlies zal lijden wegens de niet-uitvoering van de betrokken overheidsopdracht. Een dergelijk verlies zal haar winst voor het relevante boekjaar onmiskenbaar negatief beïnvloeden. De Belgische wetgeving stelt deze schade forfaitair op 10 % van het aanbestedingsbedrag. Verzoekster legt ook een verslag van haar bedrijfsrevisor over, waarin haar schade op 619 000,00 EUR wordt geraamd, en behoudt zich het recht voor, dit bedrag in voorkomend geval te herzien. De rechten van de verdediging van de Commissie worden geenszins geschonden, aangezien de Commissie steeds verweer kan voeren tegen verzoeksters schadebegroting.

89 De Commissie stelt primair dat het beroep tot schadevergoeding niet-ontvankelijk is, omdat verzoekster het Gerecht alleen verzoekt om vaststelling van het bestaan van de haar door het gedrag van de Commissie beweerdelijk berokkende schade, zonder de omvang van deze schade te becijferen. In het arrest van 23 september 1994, An Taisce en WWF UK/Commissie (T-461/93, Jurispr. blz. II-733, punten 42 en 43), verklaarde het Gerecht immers een dergelijke vordering niet-ontvankelijk.

90 Subsidiair stelt de Commissie dat het beroep tot schadevergoeding ongegrond moet worden verklaard, daar niet is voldaan aan de drie volgens de rechtspraak vereiste voorwaarden.

Beoordeling door het Gerecht

91 Vaste rechtspraak stelt voor de gegrondheid van een beroep tot schadevergoeding overeenkomstig artikel 288, tweede alinea, EG een geheel van voorwaarden: onrechtmatigheid van de aan de instellingen verweten gedraging, werkelijk geleden schade en het bestaan van een oorzakelijk verband tussen die gedraging en de gestelde schade (arrest Hof van 29 september 1982, Oleifici Mediterranei/EEG, 26/81, Jurispr. blz. 3057, punt 16, en arrest Gerecht van 11 juli 1996, International Procurement Services/Commissie, T-175/94, Jurispr. blz. II-729, punt 44). Wanneer aan één van die voorwaarden niet is voldaan, moet het beroep in zijn geheel worden verworpen, zonder dat de overige voorwaarden behoeven te worden onderzocht (arrest Hof van 15 september 1994, KYDEP/Raad en Commissie, C-146/91, Jurispr. blz. I-4199, punten 19 en 81, en arrest Gerecht van 20 februari 2002, Förde-Reederei/Raad en Commissie, T-170/00, Jurispr. blz. II-515, punt 37).

92 In casu werd reeds in het kader van het onderzoek van het beroep tot nietigverklaring vastgesteld dat het bestreden besluit op geen enkel punt onrechtmatig is.

93 Daar niet is voldaan aan de voorwaarde van onrechtmatigheid van de aan de Commissie verweten gedraging, moet het beroep tot schadevergoeding derhalve ongegrond worden verklaard, zonder dat uitspraak hoeft te worden gedaan over de ontvankelijkheid ervan.

Kosten

94 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van de Commissie worden verwezen in de kosten, met inbegrip van die welke op de procedure in kort geding zijn gevallen.

HET GERECHT (Vijfde kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) Antwerpse Bouwwerken NV wordt verwezen in de kosten, met inbegrip van die welke op de procedure in kort geding in zaak T-195/08 R zijn gevallen.

Vilaras Prek Ciucă

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 10 december 2009.

ondertekeningen