ARREST VAN HET GERECHT (Zesde kamer)

9 september 2009 *

In zaak T-437/05,

Brink's Security Luxemburg SA, gevestigd te Luxemburg (Luxemburg), vertegenwoordigd door C. Point en G. Dauphin, advocaten,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door E. Manhaeve, M. Šimerdová en K. Mojzesowicz als gemachtigden, bijgestaan door J. Stuyck, advocaat,

verweerster,

* Procestaal: Frans.

ondersteund door

G4S Security Services SA, voorheen Group 4 Falck — Société de surveillance et de sécurité SA, gevestigd te Luxemburg, vertegenwoordigd door M. Molitor, P. Lopes Da Silva, N. Cambonie en N. Bogelmann, advocaten,

interveniënte,

betreffende, enerzijds, een verzoek tot nietigverklaring van het besluit van de Commissie van 30 november 2005 tot afwijzing van verzoeksters offerte in het kader van aanbestedingsprocedure 16/2005/OIL (toezicht op en bewaking van gebouwen), van het besluit van de Commissie van 30 november 2005 om de opdracht aan een andere inschrijver te gunnen, van een vermeend stilzwijgende weigering van de Commissie om beide hiervoor aangehaalde besluiten in trekken en van twee brieven van de Commissie van 7 en 14 december 2005 in antwoord op verzoeken om inlichtingen van verzoekster en, anderzijds, een beroep strekkende tot vergoeding van de schade die verzoekster stelt te hebben geleden,

wijst

HET GERECHT
VAN EERSTE AANLEG (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: A. W. H. Meij, kamerpresident, V. Vadapalas en L. Truchot (rapporteur), rechters,

griffier: K. Pocheć, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 20 november 2008,

het navolgende

Arrest

Toepasselijke bepalingen

A — *Regelgeving die op openbare aanbestedingen van de Europese Gemeenschappen van toepassing is*

1 Artikel 100, lid 2, 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; hierna: „Financieel Reglement"), houdt de volgende regeling in:

„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."

2 Artikel 149, lid 1, 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; hierna: „uitvoeringsvoorschriften"), luidt:

„De aanbestedende diensten stellen de gegadigden en inschrijvers zo spoedig mogelijk in kennis van de besluiten die zijn genomen inzake de gunning van de opdracht of raamovereenkomst of inzake de toelating tot een dynamisch aankoopsysteem, met inbegrip van de redenen waarom zij hebben besloten van de gunning van een opdracht of raamovereenkomst of de instelling van een dynamisch aankoopsysteem waarvoor een oproep tot mededinging was gedaan, af te zien of de procedure te herbeginnen."

3 Artikel 149, lid 3, van de uitvoeringsvoorschriften bepaalt:

„Voor de opdrachten die door de instellingen voor eigen rekening worden geplaatst overeenkomstig artikel 105 van het Financieel Reglement, stellen de aanbestedende diensten zo spoedig mogelijk na het gunningsbesluit en uiterlijk in de week die daarop volgt, tegelijkertijd elke afgewezen inschrijver of gegadigde afzonderlijk bij brief en per fax of e-mail in kennis van het feit dat hun inschrijving of aanmelding niet is geselecteerd, en zij vermelden daarbij in elk geval de redenen voor de afwijzing.

De aanbestedende diensten stellen degene aan wie de opdracht wordt gegund tegelijkertijd met de kennisgeving aan de afgewezen gegadigden of inschrijvers in kennis van het gunningsbesluit, en zij vermelden daarbij dat deze kennisgeving geen verbintenis van de betrokken aanbestedende dienst inhoudt.

De afgewezen inschrijvers of gegadigden kunnen aanvullende inlichtingen over de redenen voor de afwijzing krijgen indien zij daarom schriftelijk, per brief, fax of e-mail verzoeken, en iedere inschrijver die een aan de eisen beantwoordende inschrijving heeft ingediend, kan aanvullende inlichtingen krijgen over de kenmerken en de voordelen van de geselecteerde inschrijving, alsmede de naam van degene aan wie de opdracht wordt gegund, onverminderd het bepaalde in artikel 100, lid 2, tweede alinea, van het Financieel Reglement. De aanbestedende diensten antwoorden binnen vijftien kalenderdagen na ontvangst van het verzoek.

De aanbestedende diensten kunnen de overeenkomst met degene aan wie de opdracht wordt gegund, of de raamovereenkomst pas ondertekenen wanneer vanaf de dag na de datum van gelijktijdige kennisgeving van de afwijzingsbesluiten en het gunningsbesluit twee kalenderweken zijn verstreken. In voorkomend geval kunnen zij de ondertekening van de overeenkomst voor aanvullend onderzoek opschorten, indien zulks gerechtvaardigd is op grond van de verzoeken of opmerkingen die de afgewezen inschrijvers of gegadigden gedurende deze periode van twee kalenderweken na de kennisgeving van de afwijzingsbesluiten en het gunningsbesluit hebben geformuleerd, of op grond van alle andere relevante informatie die gedurende deze periode is ontvangen. In dat geval worden alle gegadigden of inschrijvers binnen drie werkdagen na het besluit tot opschorting in kennis gesteld."

B — *Regelgeving over het recht op toegang tot documenten van de instellingen*

4 Artikel 4 van verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (PB L 145, blz. 43), luidt:

„1. De instellingen weigeren de toegang tot een document wanneer de openbaarmaking ervan zou leiden tot ondermijning van de bescherming van:

[…]

b) de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van het individu, in het bijzonder gelet op de gemeenschapswetgeving inzake de bescherming van persoonsgegevens.

[…]

6. Indien het gevraagde document slechts ten dele onder de uitzonderingen valt, worden de overige delen ervan wel vrijgegeven.

[…]”

5 Artikel 6 van verordening nr. 1049/2001 bepaalt:

„1. Verzoeken om toegang tot een document geschieden in schriftelijke vorm — elektronische vorm daaronder begrepen —, in één der talen van artikel 314 [EG], en zijn voldoende nauwkeurig geformuleerd opdat de instelling het document kan identificeren. De verzoeker is niet verplicht de redenen voor zijn verzoek te vermelden.

2. Is een verzoek niet nauwkeurig genoeg, dan vraagt de instelling de verzoeker om nadere precisering en is zij hem hierbij behulpzaam, bijvoorbeeld door informatie te verstrekken over het gebruik van de openbare documentenregisters.

3. In geval van verzoeken om omvangrijke documenten of om een zeer groot aantal documenten, kan de betrokken instelling informeel met de aanvrager overleggen om een billijke oplossing te vinden.

4. De instellingen voorzien in voorlichting van de burger over hoe en waar verzoeken om toegang tot documenten kunnen worden ingediend en in bijstand ter zake."

6 Artikel 7 van verordening nr. 1049/2001, dat de behandeling van initiële verzoeken regelt, is als volgt verwoord:

„1. Een verzoek om toegang tot een document wordt onmiddellijk behandeld. De verzoeker ontvangt een ontvangstbevestiging. Binnen vijftien werkdagen na registratie van het verzoek verleent de instelling de verzoeker toegang tot het gevraagde document en maakt zij het toegankelijk in de zin van artikel 10, ofwel deelt zij de verzoeker schriftelijk de redenen mede waarom zij het verzoek volledig of gedeeltelijk afwijst, waarbij zij hem attendeert op zijn recht om overeenkomstig lid 2 een confirmatief verzoek in te dienen.

2. In geval van volledige of gedeeltelijke afwijzing kan de verzoeker binnen vijftien werkdagen na ontvangst van het antwoord van de instelling een confirmatief verzoek indienen, welk verzoek ertoe strekt de instelling haar standpunt te doen herzien.

3. In uitzonderlijke gevallen, bijvoorbeeld bij een verzoek om een zeer omvangrijk document of om een zeer groot aantal documenten, kan de in lid 1 genoemde termijn met vijftien werkdagen worden verlengd, mits de verzoeker daarvan tevoren in kennis wordt gesteld met nauwkeurige vermelding van de redenen daarvoor.

4. Bij uitblijven van een antwoord van de instelling binnen de voorgeschreven termijn, heeft de verzoeker het recht een confirmatief verzoek in te dienen."

7 Artikel 8 van verordening nr. 1049/2001, inzake de behandeling van confirmatieve verzoeken, luidt:

„1. Een confirmatief verzoek wordt onmiddellijk behandeld. Binnen vijftien werkdagen te rekenen na registratie van het confirmatief verzoek verleent de instelling toegang tot het gevraagde document en maakt zij het toegankelijk in de zin van artikel 10, of deelt zij de verzoeker schriftelijk de redenen mede waarom zij het verzoek volledig of gedeeltelijk afwijst, waarbij zij hem attendeert op de beroepsmogelijkheden die hem openstaan, namelijk beroep op de rechter tegen de instelling en/of een klacht bij de ombudsman, onder de voorwaarden van respectievelijk de artikelen 230 en 195 [EG].

2. In uitzonderlijke gevallen, bijvoorbeeld bij een verzoek om een zeer omvangrijk document of een zeer groot aantal documenten, kan de in lid 1 genoemde termijn met vijftien werkdagen worden verlengd, mits de verzoeker daarvan tevoren in kennis wordt gesteld met uitvoerige vermelding van de redenen daarvoor.

3. Uitblijven van een antwoord van de instelling binnen de voorgeschreven termijn geldt als een afwijzend antwoord en geeft de verzoeker het recht beroep in te stellen tegen de instelling en/of een klacht in te dienen bij de ombudsman, onder de voorwaarden van het EG-Verdrag."

C — *Regelgeving die van toepassing is op het behoud van rechten van werknemers in geval van overgang van ondernemingen*

8 Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (PB L 82, blz. 16), codificeert richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (PB L 61, blz. 26), zoals gewijzigd bij richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998 (PB L 201, blz. 88).

9 De werkingssfeer van richtlijn 2001/23 is vastgelegd in artikel 1 daarvan, dat luidt:

„1. a) Deze richtlijn is van toepassing op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst of een fusie.

b) Onder voorbehoud van het bepaalde sub a en van de hiernavolgende bepalingen van dit artikel wordt in deze richtlijn als overgang beschouwd, de overgang, met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan.

[…]"

10 Artikel 1, lid 1, sub a en b, van de loi luxembourgeoise du 19 décembre 2003 portant réglementation du maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements et transposition de la directive 2001/23 (Mém. A 2003, blz. 3678; Luxemburgse wet van 19 december 2003 houdende regeling van het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, en tot omzetting van de richtlijn 2001/23; hierna: „wet van 19 december 2003"), regelt:

„a) De onderhavige wet is van toepassing op elke overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen als gevolg van onder meer een overdracht krachtens overeenkomst, een fusie, een erfopvolging, een splitsing, een omzetting van het kapitaal of een omzetting in een vennootschap.

b) In deze wet wordt als overgang beschouwd, de overgang, met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen, met name personeel en materieel, wordt verstaan."

11 Artikel 3, lid 1, eerste alinea, van deze wet luidt:

„De rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, gaan door deze overgang op de verkrijger over."

Voorgeschiedenis van het geding

12 Brink's Security Luxemburg SA (hierna: „Brink's" of „verzoekster"), een vennootschap met hoofdzetel te Luxemburg (Luxemburg), is sinds midden jaren zeventig belast met het toezicht op en de bewaking van de gebouwen van de Commissie van de Europese Gemeenschappen.

13 Verzoekster heeft in 2000 met de Commissie een contract gesloten over het toezicht op en de bewaking van de gebouwen van deze laatste te Luxemburg, die onder de verantwoordelijkheid vielen van het Bureau voor Infrastructuur en Logistiek te Luxemburg (BIL), van het Bureau voor publicaties van de Europese Unie en van het Vertaalbureau voor de organen van de Europese Unie. Dit contract, dat niet in verlenging na het vijfde jaar voorzag, is op 31 december 2005 afgelopen.

14 Bij enuntiatieve aankondiging, bekendgemaakt in het Supplement bij het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 19 maart 2005 (PB S 56), heeft de Commissie aangekondigd dat de voorgenomen datum voor de start van een aanbestedingsprocedure voor een contract voor het toezicht op en de bewaking van de in punt 13 bedoelde gebouwen, 15 mei 2005 was.

15 Bij aanbestedingsbericht, gepubliceerd in het Supplement bij het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 1 september 2005 (PB S 168), heeft de Commissie opdracht 16/2005/OIL voor het litigieuze beveiligings- en bewakingscontract uitgeschreven (hierna: „aanbesteding").

16 De uiterste datum voor de indiening van de offertes werd vastgesteld op 13 oktober 2005. De offertes werden geopend op 18 oktober 2005 en geëvalueerd op 11 november 2005.

17 De Commissie heeft verzoekster er op 30 november 2005 van in kennis gesteld dat de opdracht niet aan haar was gegund omdat haar offerte niet het beste eindcijfer had gekregen bij de kwalitatieve en financiële evaluatie van de offertes. In diezelfde brief (hierna: „afwijzingsbesluit") heeft de Commissie verzoekster ervan op de hoogte gesteld dat zij aanvullende inlichtingen kon krijgen over de redenen voor de afwijzing van haar offerte.

18 Verzoekster heeft de Commissie bij brief van 1 december 2005 verzocht haar mededeling te doen van de redenen voor afwijzing van haar offerte, de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte en van de naam van degene aan wie de opdracht werd gegund.

19 De Commissie heeft verzoekster bij brief van 5 december 2005 ervan in kennis gesteld dat de opdracht werd gegund aan Group 4 Falck — Société de surveillance et de sécurité SA, thans G4S Security Services SA (hierna: „Group 4 Falck" of „interveniënte"), en haar de factoren meegedeeld aan de hand waarvan de evaluatie van haar offerte was vergeleken met de offerte van Group 4 Falck.

20 Bij drie brieven van 5 december 2005 heeft verzoekster de Commissie verzocht haar gunningsbesluit van 30 november 2005 (hierna: „gunningsbesluit") te heronderzoeken en haar de opdracht te gunnen. Zij heeft daarbij de redenen opgegeven die er volgens haar aan in de weg stonden de offerte van Group 4 Falck te selecteren.

21 De Commissie heeft bij brief van 7 december 2005 op verzoeksters brieven van 5 december 2005 geantwoord.

22 Bij brief van 8 december 2005 heeft verzoekster de Commissie verzocht om de naam, de rang, de anciënniteit en tewerkstelling van de leden van het evaluatiecomité van de offertes en om een aanvulling van de motivering daar zij meende dat de door de Commissie opgegeven redenen niet volstonden.

23 Bij brief van 14 december 2005 heeft de Commissie, om redenen van vertrouwelijkheid, de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van personen, geweigerd de door verzoekster verzochte inlichtingen over de leden van het evaluatiecomité voor de offertes te verstrekken. De Commissie heeft verzoekster evenwel aanvullende inlichtingen verstrekt over de redenen voor de afwijzing van haar offerte.

24 Bij brief van 14 december 2005 heeft Group 4 Falck verzoekster in kennis gesteld van haar voornemen om een deel van haar personeel aan te werven.

Procesverloop en conclusies van partijen

25 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 15 december 2005, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.

26 Bij afzonderlijke akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op dezelfde dag, heeft verzoekster verzocht om een kort geding en om voorlopige maatregelen op grond van artikel 105, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht.

27 Bij beschikking van 16 december 2005 heeft de president van het Gerecht gelast het betrokken contract in het kader van de aanbesteding niet te ondertekenen zolang er geen beschikking op het verzoek om voorlopige maatregelen was gegeven.

28 Als gevolg van de vaststelling van de in punt 27 hierboven genoemde beschikking, is het lopende contract tussen Brink's en de Commissie verlengd tot 31 januari 2006, om de

continuïteit van het toezicht op en de bewaking van de betrokken gebouwen te waarborgen.

29 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 22 december 2005, heeft Group 4 Falck verzocht te worden toegelaten tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie. Op 4 januari 2006 hebben de hoofdpartijen hun opmerkingen over het interventieverzoek van Group 4 Falck ingediend.

30 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 4 januari 2006, heeft verzoekster verzocht om vertrouwelijke behandeling van het verzoek om een kort geding ten opzichte van Group 4 Falck. Dit is ingewilligd. Verzoekster heeft op 5 januari 2006 een niet-vertrouwelijke versie van haar verzoek om een kort geding neergelegd ter griffie van het Gerecht.

31 Group 4 Falck is bij beschikking van 9 januari 2006 toegelaten tot interventie in de onderhavige zaak.

32 De Commissie heeft op 11 januari 2006 haar opmerkingen over het verzoek om een kort geding ingediend en op verzoek van het Gerecht krachtens artikel 64, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering een niet-vertrouwelijke versie overgelegd van de documenten die Group 4 Falck aan de Commissie had verstrekt om te voldoen aan punt 28 van het bestek van de betrokken opdracht.

33 Bij beschikking van 7 februari 2006 heeft de president van het Gerecht het verzoek om voorlopige maatregelen van verzoekster afgewezen op grond dat zij niet had aangetoond dat zij zonder voorlopige maatregelen ernstige en onherstelbare schade dreigde te lijden (T-437/05 R, Jurispr. blz. II-21).

34 Verzoekster heeft op 12 mei 2006 een verzoek om vertrouwelijke behandeling van sommige van de bijlagen bij haar verzoekschrift ingediend. Group 4 Falck heeft naar aanleiding van dit verzoek geen opmerkingen gemaakt.

35 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Zesde kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan en heeft het in het kader van de in artikel 64 van het Reglement voor de procesvoering voorziene maatregelen tot organisatie van de procesgang partijen verzocht, schriftelijk een aantal vragen te beantwoorden. Partijen hebben binnen de gestelde termijn aan dit verzoek voldaan.

36 Partijen zijn ter terechtzitting van 20 november 2008 in hun pleidooien en antwoorden op de vragen van het Gerecht gehoord.

37 Group 4 Falck heeft het Gerecht ter terechtzitting verzocht of zij correspondentie die zij met de Société nationale de certification et d'homologation (hierna: „SNCH") had uitgewisseld, mocht overleggen. Verzoekster en de Commissie hebben hun opmerkingen over het verzoek tot overlegging van documenten gemaakt.

38 In het kader van het onderhavige beroep concludeert verzoekster dat het het Gerecht behage:

— het afwijzingsbesluit nietig te verklaren;

— het gunningsbesluit nietig te verklaren;

— het beweerde stilzwijgende besluit van de Commissie tot weigering het afwijzings- en het gunningsbesluit in te trekken, nietig te verklaren;

— de twee antwoordbrieven van de Commissie van 7 en 14 december 2005 nietig te verklaren;

— schadevergoeding toe te kennen voor de materiële en immateriële schade die zij stelt te hebben geleden;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

39 Verzoekster heeft het Gerecht eveneens verzocht om bij wijze van maatregelen tot organisatie van de procesgang, de Commissie te gelasten de volgende elementen mede te delen:

— de samenstelling (naam, rang, anciënniteit en tewerkstelling van de leden) van het evaluatiecomité voor de offertes;

— de redenen voor het verschil tussen de datum van de aanbesteding en de datum genoemd in de enuntiatieve aankondiging die in het *Publicatieblad van de Europese Unie* is verschenen;

— de inlichtingen op grond waarvan kan worden nagegaan of Group 4 Falck het met de Commissie gesloten contract heeft uitgevoerd overeenkomstig de voorwaarden voorzien in de punten 22 en 28 van het bestek.

40 De Commissie, daarin ondersteund door interveniënte, concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep tot nietigverklaring ongegrond te verklaren;

— het beroep tot schadevergoeding niet-ontvankelijk te verklaren;

— subsidiair, het beroep tot schadevergoeding ongegrond te verklaren;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

A — *Maatregelen tot organisatie van de procesgang*

41 Wat het verzoek inzake het tijdpad van de aanbesteding betreft, heeft de Commissie in haar memorie van dupliek de redenen uiteengezet waarom de bekendmaking van het

aanbestedingsbericht is uitgesteld in vergelijking met de datum genoemd in de enuntiatieve aankondiging. Over dit verzoek, dat zonder voorwerp is geraakt, behoeft derhalve geen uitspraak meer te worden gedaan.

42 Aangaande het verzoek na te gaan of Group 4 Falck het in punt 28 van het bestek genoemde criterium als voorwaarde voor de uitvoering van het contract heeft geëerbiedigd, volgt uit vaste rechtspraak dat in het kader van een beroep tot nietigverklaring krachtens artikel 230 EG, de wettigheid van de bestreden handeling moet worden beoordeeld naar de feitelijke en juridische omstandigheden op de dag van vaststelling van de handeling (arrest Hof van 7 februari 1979, Frankrijk/Commissie, 15/76 en 16/76, Jurispr. blz. 321, punt 7; arrest Gerecht van 22 januari 1997, Opel Austria/Raad, T-115/94, Jurispr. blz. II-39, punten 87 en 88).

43 Overwegingen ten aanzien van de uitvoering van het tussen Group 4 Falck en de Commissie gesloten contract, kunnen dus niet, nu het feitelijke omstandigheden betreft die dateren van na de vaststelling van de bestreden handelingen, worden ingeroepen ter ondersteuning van een middel dat de rechtmatigheid van die handelingen ter discussie stelt.

44 Uit een en ander volgt dat de verzoeken om maatregelen tot organisatie van de procesgang betreffende het tijdpad van de aanbesteding en de uitvoering van het contract door Group 4 Falck moeten worden afgewezen.

45 Op het verzoek om mededeling van de samenstelling van het evaluatiecomité voor de offertes zal worden geoordeeld bij het zevende middel van het onderhavige beroep tot nietigverklaring, ontleend aan schending van het transparantiebeginsel en het recht op toegang tot documenten van de instellingen.

B — *Ontvankelijkheid van de grief ontleend aan het uitstel van de bekendmaking van het aanbestedingsbericht ten opzichte van de datum genoemd in de enuntiatieve aankondiging*

1. *Argumenten van partijen*

46 Verzoekster heeft in haar memorie van repliek een nieuw argument ingeroepen, ontleend aan het uitstel van de bekendmaking van het aanbestedingsbericht ten opzichte van de datum genoemd in de enuntiatieve aankondiging. Deze wijziging van het tijdpad heeft haar in een netelige positie ten opzichte van de Luxemburgse sociale regelgeving geplaatst, gelet op de daarin voorziene opzegtermijnen in geval van ontslag. Indien het oorspronkelijke tijdpad zou zijn gevolgd, had zij kunnen anticiperen op de ontslagen en overplaatsingen na het eventuele verlies van de opdracht.

47 Indien het in de enuntiatieve aankondiging voorziene tijdpad zou zijn aangehouden, had bovendien Group 4 Falck niet aan de aanbestedingsprocedure kunnen deelnemen, omdat zij anders in strijd zou hebben gehandeld met haar verbintenis om niet actief klanten van de overgedragen ondernemingen te werven binnen zes maanden na de overdracht genoemd in de beschikking van de Commissie van 28 mei 2004 (Zaak COMP/M.3396 — GROUP 4 FALCK/SECURICOR), waarbij de fusie tussen Group 4 Falck A/S en Securicor plc is goedgekeurd (hierna: „beschikking van de Commissie van 28 mei 2004").

48 De Commissie betwist de ontvankelijkheid van dit argument, dat zij in het licht van artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering als een nieuw middel beschouwt.

2. *Beoordeling door het Gerecht*

49 Artikel 48, lid 2, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering verbiedt dat in de loop van het geding nieuwe middelen worden voorgedragen, tenzij deze steunen op gegevens, rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken.

50 Een middel dat een uitwerking is van een eerder in het inleidend verzoekschrift rechtstreeks of stilzwijgend opgeworpen middel en daarmee nauw verband houdt, moet evenwel ontvankelijk worden verklaard (arrest Hof van 14 oktober 1999, Atlanta/Europese Gemeenschap, C-104/97 P, Jurispr. blz. I-6983, punt 29; arrest Gerecht van 8 maart 2007, France Télécom/Commissie, T-340/04, Jurispr. blz. II-573, punt 164). Bovendien kunnen argumenten die inhoudelijk nauw verwant zijn aan een middel dat in het inleidend verzoekschrift is genoemd, niet worden beschouwd als nieuwe middelen en mogen zij in het stadium van de repliek of de terechtzitting worden aangevoerd (zie in die zin arrest Hof van 12 juni 1958, Compagnie des hauts fourneaux de Chasse/Hoge Autoriteit, 2/57, Jurispr. blz. 137, 152).

51 In casu is verzoeksters argument, dat berust op het uitstel van de bekendmaking van het aanbestedingsbericht ten opzichte van de datum genoemd in de enuntiatieve aankondiging, gebaseerd op geen enkel tijdens de procedure opgekomen punt feitelijk of rechtens.

52 De grief ontleend aan de netelige positie waarin verzoekster zich als gevolg van dat uitstel bevond in het kader van de op ontslagen toepasselijke Luxemburgse sociale regelgeving, is dus niet-ontvankelijk, daar het geen uitwerking is van een eerder in het verzoekschrift opgeworpen middel en geen nauw verband houdt met een dergelijk middel.

53 Daarentegen houdt de grief dat de eerbiediging van het in de enuntiatieve aankondiging aangekondigde tijdpad Group 4 Falck ervan zou hebben weerhouden aan de aanbesteding deel te nemen, nauw verband met het vierde middel van het verzoekschrift, ontleend aan schending van de beschikking van de Commissie van 28 mei 2004.

Het argument ontleend aan het uitstel van de bekendmaking van het aanbestedingsbericht ten opzichte van de datum genoemd in de enuntiatieve aankondiging is dus gedeeltelijk ontvankelijk, nu het het vierde middel van verzoekster ondersteunt, waarmee het dus tezamen zal worden onderzocht.

C — *Het beroep tot nietigverklaring*

1. *Ontvankelijkheid*

54 Daar de voorwaarden voor ontvankelijkheid van een beroep van openbare orde zijn (beschikking Hof van 7 oktober 1987, D.M./Raad en ESC, 108/86, Jurispr. blz. 3933, punt 10, en arrest Gerecht van 22 oktober 2008, TV 2/Danmark/Commissie, T-309/04, T-317/04, T-329/04, T-336/04, Jurispr. blz. II-2935, punt 62, en aldaar aangehaalde rechtspraak), dient het Gerecht ambtshalve na te gaan of deze voorwaarden zijn vervuld.

a) Bestaan van een stilzwijgende weigeringsbeschikking van de Commissie

55 Uit de rechtspraak volgt dat bij gebreke van een gemeenschapsbepaling die een termijn stelt na afloop waarvan een stilzwijgende beslissing wordt geacht te zijn genomen en die de inhoud van die beslissing regelt, kan het loutere stilzwijgen van een instelling in beginsel niet worden gelijkgesteld met een besluit, omdat anders het door het Verdrag ingestelde stelsel van rechtsbescherming op losse schroeven zou worden gezet (arrest Hof van 9 december 2004, Commissie/Greencore, C-123/03 P, Jurispr. blz. I-11647, punt 45; arresten Gerecht van 13 december 1999, SGA/Commissie, T-189/95, T-39/96, T-123/96, Jurispr. blz. II-3587, punt 27, en Sodima/Commissie, T-190/95, T-45/96, Jurispr. blz. II-3617, punt 32).

56 In bepaalde specifieke omstandigheden kan dit beginsel niet worden toegepast zodat het stilzwijgen of het stilzitten van een instelling bij wijze van uitzondering als een stilzwijgende weigeringsbeschikking kan worden beschouwd (arrest Commissie/ Greencore, punt 55 supra, punt 45).

57 In casu vordert verzoekster de nietigverklaring van de stilzwijgende beslissing van de Commissie tot weigering het gunnings- en het afwijzingsbesluit in te trekken. Geen enkele bepaling in het Financieel Reglement of de uitvoeringsvoorschriften stelt echter een termijn vast bij het verstrijken waarvan een stilzwijgende beslissing wordt geacht te zijn genomen door de aanbestedende dienst die is verzocht zijn gunnings- of afwijzingsbesluit opnieuw te onderzoeken.

58 Verzoekster roept bovendien geen enkele omstandigheid in op grond waarvan het stilzwijgen van de Commissie uitzonderlijk als een stilzwijgende weigeringsbeschikking kan worden beschouwd.

59 Uit een en ander volgt dat verzoeksters conclusies, voor zover gericht op de nietigverklaring van de beweerde stilzwijgende weigeringsbeschikking van de Commissie, niet-ontvankelijk zijn.

b) Bestaan van handelingen met bindende rechtsgevolgen

60 Volgens vaste rechtspraak zijn als voor beroep tot nietigverklaring vatbare handelingen of besluiten in de zin van artikel 230 EG te beschouwen, maatregelen die bindende rechtsgevolgen in het leven roepen welke de belangen van de verzoeker kunnen aantasten doordat zij diens rechtspositie aanmerkelijk wijzigen (arresten Hof van 11 november 1981, IBM/Commissie, 60/81, Jurispr. blz. 2639, punt 9, en 14 februari 1989, Bossi/Commissie, 346/87, Jurispr. blz. 303, 332).

61 Dit is het geval bij het gunningbesluit.

62 Wat de brieven van de Commissie van 30 november 2005, 7 december 2005 en 14 december 2005, gericht aan verzoekster, betreft, moet worden verzekerd dat deze een beschikking in de zin van artikel 230 EG bevatten.

63 Volgens vaste rechtspraak volstaat het niet dat een gemeenschapsinstelling een brief heeft gezonden in antwoord op een verzoek, opdat deze brief zou kunnen worden aangemerkt als een beschikking in de zin van artikel 230 EG, die vatbaar is voor een beroep tot nietigverklaring (beschikking Hof van 27 januari 1993, Miethke/Parlement, C-25/92, Jurispr. blz. I-473, punt 10; arrest Gerecht van 22 mei 1996, AITEC/Commissie, T-277/94, Jurispr. blz. II-351, punt 50, en beschikking Gerecht van 11 december 1998, Scottish Soft Fruit Growers/Commissie, T-22/98, Jurispr. blz. II-4219, punt 34). De betrokken brief moet immers maatregelen omvatten die voldoen aan de hierboven in punt 60 gememoreerde definitie.

64 In casu brengt de brief van 30 november 2005, waarbij de Commissie verzoekster op duidelijke en ondubbelzinnige wijze te kennen geeft dat haar aanmelding is afgewezen, een aanmerkelijke wijziging in de rechtspositie van deze laatste en vormt dus een voor beroep vatbare beschikking.

65 Daarentegen geeft de brief van de Commissie van 7 december 2005 aan verzoekster aan dat een van de door haar in haar eerdere brief gestelde vragen, betreffende een beweerde schending van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, aan haar juridische dienst is voorgelegd. Hij verwerpt daarnaast een aantal van de door verzoekster aangevoerde argumenten in haar brieven van 5 december 2005 ter ondersteuning van een verzoek om heroverweging van het gunnings- en het afwijzingsbesluit, namelijk schending van de wet van 19 december 2003 tot omzetting van richtlijn 2001/23 en de bewering van verzoekster dat de Commissie aan een werknemer van Brink's de instructie had gegeven om curricula vitae en schriftelijke motiveringen van het personeel van Brink's te verzamelen, met het oog op de doorzending van die documenten aan Group 4 Falck.

66 Deze brief is enkel ter informatie. Hij stelt verzoekster er immers enkel van in kennis dat de juridische dienst van de Commissie is ingeschakeld en dat zij zich op het standpunt stelt dat de wet van 19 december 2003 niet is overtreden en het bestaan van enige instructie aan het personeel van Brink's van de hand wijst. Hij heeft dus geen bindende rechtsgevolgen die de belangen van verzoekster kunnen raken, en hij houdt geenszins een aanmerkelijke wijziging van verzoeksters rechtssituatie in.

67 Aangaande de brief van de Commissie van 14 december 2005 moet worden opgemerkt dat deze twee aspecten heeft. Bij deze brief heeft de Commissie verzoekster in de eerste plaats in kennis gesteld van haar weigering om haar de precieze samenstelling van het evaluatiecomité mede te delen. In de tweede plaats preciseert hij de gronden voor het afwijzingsbesluit.

68 Wat de weigering om de samenstelling van het evaluatiecomité mede te delen betreft, moet eraan worden herinnerd dat verordening nr. 1049/2001 van toepassing is op elk schriftelijk verzoek om toegang tot documenten van de instellingen en voorts dat artikel 3, sub a, van deze verordening het document definieert als „iedere inhoud, ongeacht de drager ervan (op papier, in elektronische vorm, als geluids-, beeld- of audiovisuele opname), betreffende een materie die verband houdt met beleidsmaatregelen, acties en besluiten welke tot de bevoegdheid van de instelling behoren". Het door verzoekster in haar brief van 8 december 2005 geformuleerde verzoek om aanvullende inlichtingen over de samenstelling van het evaluatiecomité vormt dus een verzoek om toegang tot een document uit hoofde van artikel 3, sub a, van verordening nr. 1049/2001.

69 De procedure voor toegang tot de documenten van de Commissie, geregeld in de artikelen 6 tot en met 8 van verordening nr. 1049/2001 en de artikelen 2 tot en met 4 van de bijlage bij besluit 2001/937/EG,EGKS,Euratom van de Commissie van 5 december 2001 tot wijziging van haar Reglement van orde (PB L 345, blz. 94), verloopt in twee fasen. Eerst moet de verzoeker de Commissie een initieel verzoek om toegang tot de documenten toezenden. De Commissie moet in beginsel binnen vijftien werkdagen na registratie van het verzoek op het initiële verzoek antwoorden. Daarna kan de verzoeker in geval van gehele of gedeeltelijke weigering binnen vijftien werkdagen na ontvangst van het initiële antwoord van de instelling een confirmatief verzoek indienen bij het secretariaat-generaal van de Commissie, waarop deze laatste in beginsel binnen vijftien werkdagen te rekenen na registratie van dat verzoek moet antwoorden. In geval van gehele of gedeeltelijke weigering kan de verzoeker tegen de Commissie beroep op de

rechter instellen of een klacht indienen bij de ombudsman, overeenkomstig de voorwaarden die in respectievelijk de artikelen 230 EG en 195 EG zijn voorzien.

70 Volgens de rechtspraak blijkt uit de artikelen 3 en 4 van de bijlage bij besluit 2001/937 juncto artikel 8 van verordening nr. 1049/2001 duidelijk dat het antwoord op het initiële verzoek slechts een eerste standpuntbepaling is, waarna de verzoeker de mogelijkheid heeft om de secretaris-generaal van de Commissie om herziening daarvan te verzoeken (zie in die zin arresten Gerecht van 6 juli 2006, Franchet en Byk/Commissie, T-391/03 en T-70/04, Jurispr. blz. II-2023, punt 47, en 5 juni 2008, Internationaler Hilfsfonds/Commissie, T-141/05, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 56 en 109).

71 Bijgevolg kan slechts de maatregel van de secretaris-generaal van de Commissie, die de aard van een beschikking heeft en het voorgaande standpunt volledig vervangt, rechtsgevolgen in het leven roepen die de belangen van verzoekers aantasten en derhalve vatbaar zijn voor beroep tot nietigverklaring in de zin van artikel 230 EG (zie in die zin arresten Franchet en Byk/Commissie, punt 70 supra, punt 48, en Internationaler Hilfsfonds/Commissie, punt 70 supra, punten 57 en 109).

72 In casu is het antwoord in de brief van 14 december 2005 aan verzoekster een initieel antwoord van de Commissie in de zin van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1049/2001, waarin zij haar voornemen bekendmaakt om het verzoek af te wijzen. Dit initiële antwoord biedt verzoekster de mogelijkheid om, binnen de daartoe gestelde termijnen, de secretaris-generaal van de Commissie om herziening van deze eerste standpuntbepaling te verzoeken, door een definitieve beschikking vast te stellen.

73 Verzoekster heeft de Commissie na dit initiële antwoord evenwel geen confirmatief verzoek gezonden. Aangezien enkel de beschikking van de secretaris-generaal vatbaar is voor beroep, is een dergelijk beroep in beginsel niet-ontvankelijk wat de brief van 14 december 2005 betreft.

74 De brief van de Commissie van 14 december 2005 vertoont echter een vormgebrek. De Commissie heeft immers verzuimd om conform de krachtens artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1049/2001 op haar rustende verplichting, verzoekster ervan in kennis te stellen dat zij het recht had een confirmatief verzoek in te dienen.

75 Deze onregelmatigheid heeft tot gevolg dat het beroep tot nietigverklaring van het initiële verzoek uitzonderlijk ontvankelijk is. Indien dit anders zou zijn, zou de Commissie zich met een dergelijk aan haar zelf te wijten vormgebrek aan het toezicht van de gemeenschapsrechter kunnen onttrekken. Uit de rechtspraak volgt dat aangezien de Europese Gemeenschap een rechtsgemeenschap is, in die zin dat de instellingen niet ontkomen aan het toezicht op de verenigbaarheid van hun handelingen met het Verdrag, de procesregels voor beroepen die voor de gemeenschapsrechter worden ingesteld zo veel mogelijk aldus moeten worden uitgelegd dat zij kunnen worden toegepast op een wijze die bijdraagt tot de verwezenlijking van het doel dat erin bestaat een effectieve rechterlijke bescherming te waarborgen van de rechten die de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontlenen (zie arrest Hof van 17 juli 2008, Athinaïki Techniki/Commissie, C-521/06 P, Jurispr. blz. I-5829, punt 45, en aldaar aangehaalde rechtspraak). Het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming vormt immers een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, dat voortvloeit uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten, en dat is neergelegd in de artikelen 6 en 13 van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) (arresten Hof van 15 mei 1986, Johnston, 222/84, Jurispr. blz. 1651, punt 18; 27 november 2001, Commissie/Oostenrijk, C-424/99, Jurispr. blz. I-9285, punt 45, en 25 juli 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Raad, C-50/00 P, Jurispr. blz. I-6677, punt 39). Het recht op effectieve rechterlijke bescherming is ook opnieuw bevestigd in artikel 47 van het op 7 december 2000 te Nice afgekondigde Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (PB 2000, C 364, blz. 1).

76 Daarenboven bevat de brief van 14 december 2005 niet meer dan een verduidelijking van de motivering voor het afwijzingsbesluit, onder aanlevering van aanvullende inlichtingen over de kwalitatieve evaluatie van de offertes. Op dit punt mist hij dus een beschikkend karakter en is hij is dus niet vatbaar voor beroep in de zin van artikel 230 EG.

77 Uit een en ander volgt dat de conclusies gericht tegen de brieven van de Commissie van 7 en 14 december 2005 niet-ontvankelijk zijn, behoudens op het punt van de weigering de samenstelling van het evaluatiecomité mede te delen.

78 Bijgevolg moet het voorwerp van het onderhavige beroep worden afgebakend tot nietigverklaring van het gunnings- en het afwijzingsbesluit en de beschikking van de Commissie houdende weigering de samenstelling van het evaluatiecomité mede te delen, vervat in de brief van 14 december 2005, en moeten niet-ontvankelijk worden verklaard de conclusies die zijn gericht tegen de vermeende stilzwijgende beschikking houdende weigering het gunnings- en afwijzingsbesluit in te trekken en tegen de twee antwoordbrieven van de Commissie van 7 en 14 december 2005, behoudens op het punt van de weigering de samenstelling van het evaluatiecomité mede te delen.

2. *Ten gronde*

79 Verzoekster roept zeven middelen in ter ondersteuning van haar beroep tot nietigverklaring, te weten schending van het gelijkheidsbeginsel omdat de Commissie in het bestek niet de overname had voorzien van de arbeidsovereenkomsten van de door verzoekster voor de uitvoering van het beveiligingscontract bestemde agenten; schending van de bepalingen van de wet van 19 december 2003 en van richtlijn 2001/23, die hij omzet; schending van het gelijkheidsbeginsel omdat interveniënte de beschikking over geprivilegieerde inlichtingen had; schending van de beschikking van de Commissie van 28 mei 2004 en de mededingingsregels; schending van de motiveringsplicht, van het transparantiebeginsel en het recht op toegang tot documenten van de instellingen; schending van de regels van de overheidsopdracht, van het bestek op het punt van de evaluatiecriteria over de opleiding van een contingent EHBO'ers en vrijwillige brandweerlieden en een kennelijke beoordelingsfout; en schending van het transparantiebeginsel en het recht op toegang tot documenten van de instellingen.

80 Vooraf moet worden opgemerkt dat, met uitzondering van het zevende, alle middelen van verzoekster, waar het haar ontvankelijke vorderingen aangaat, gericht zijn op de

nietigverklaring van het gunnings- en het afwijzingsbesluit. Het zevende middel strekt tot ondersteuning van het verzoek om nietigverklaring van de brief van de Commissie van 14 december 2005.

81 Aangaande de eerste zes middelen, strekkende tot nietigverklaring van het gunnings- en het afwijzingsbesluit, acht het Gerecht het opportuun om eerst de rechtmatigheid van het gunningsbesluit te onderzoeken.

82 Het eerste middel veronderstelt dat de Commissie, bij gebreke van toepasselijkheid van de wet van 19 december 2003, op grond van het gelijkheidsbeginsel aan de nieuwe opdrachtnemer de overname van alle arbeidsovereenkomsten van de werknemers van verzoekster had moeten opleggen. Dit middel is dus van subsidiaire orde ten opzichte van het tweede middel, zodat eerst het tweede middel moet worden onderzocht.

a) Tweede middel, inzake schending van de bepalingen van de wet van 19 december 2003, tot omzetting van richtlijn 2001/23

83 Het onderhavige middel omvat twee onderdelen, ontleend aan, in de eerste plaats, de onregelmatigheid van de offerte van Group 4 Falck en, in de tweede plaats, de onrechtmatigheid van het bestek van de Commissie.

Eerste onderdeel, inzake de onregelmatigheid van de offerte van Group 4 Falck

— Argumenten van partijen

84 Verzoekster beweert dat, ofschoon de wet van 19 december 2003 en richtlijn 2001/23, die hij omzet, op de onderhavige zaak van toepassing zijn, uit de offerte van Group 4 Falck volgt dat zij onregelmatig is omdat zij niet de verplichting bevatte tot overname van de arbeidsovereenkomsten van de agenten van Brink's die voor de uitvoering van het beveiligingscontract met de Commissie uit het verleden waren bestemd.

85 Zij geeft te kennen dat Group 4 Falck in een aan verzoekster gerichte brief van 14 december 2005 heeft verklaard dat zij zich niet aan de wet van 19 december 2003 zou houden, aangezien Group 4 Falck daarin uitlegt dat zij slechts bereid was om met voorrang ongeveer 40 personen onder de oud-werknemers Brink's aan te nemen. Zij benadrukt dat Group 4 Falck op 31 maart 2006 56 van de 173 werknemers van Brink's die voor de uitvoering van de opdracht waren bestemd, had overgenomen.

86 Verzoekster meent bijgevolg dat Group 4 Falck de Luxemburgse regelgeving en richtlijn 2001/23, die zij omzet, heeft geschonden door slechts een deel van haar voormalige werknemers over te nemen, zonder behoud van hun rechten. De weigering van de Commissie, om ondanks de door verzoekster te harer kennis gebrachte elementen, het gunningsbesluit in te trekken, is dus onrechtmatig.

87 De Commissie betwist dat de door verzoekster ingeroepen wet van toepassing is op grond dat er in de onderhavige zaak geen overgang van een onderneming heeft plaatsgevonden. Subsidiair stelt zij dat, zelfs als er een overgang van een onderneming heeft plaatsgevonden, zij daarvan geen kennis kon hebben op het ogenblik dat zij de aanbesteding voorbereidde.

88 Group 4 Falck schaart zich achter het standpunt van de Commissie dat de wet van 19 december 2003 niet van toepassing is. Zij geeft eveneens te kennen dat, nu de overname van een wezenlijk deel van het personeel een beslissende voorwaarde is voor de totstandbrenging van een overgang van een onderneming en het bestek dit niet voorschreef, richtlijn 2001/23 voorshands geen toepassing kan vinden.

— Beoordeling door het Gerecht

89 Blijkens artikel 1, lid 1, sub a, van richtlijn 2001/23, omgezet in Luxemburgs recht bij artikel 1 van de door verzoekster ingeroepen wet van 19 december 2003, is deze richtlijn „van toepassing op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst of een fusie".

90 Blijkens lid 1, sub b, van datzelfde artikel „wordt in deze richtlijn als overgang beschouwd, de overgang, met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan".

91 Volgens de rechtspraak van het Hof is het beslissende criterium voor een overgang in de zin van richtlijn 2001/23 of de identiteit van de betrokken eenheid bewaard blijft, wat met name blijkt uit het feit dat de exploitatie ervan in feite wordt voortgezet of hervat (zie naar analogie arresten Hof van 18 maart 1986, Spijkers, 24/85, Jurispr. blz. 1119, punten 11 en 12, en 11 maart 1997, Süzen, C-13/95, Jurispr. blz. I-1259, punt 10).

92 Niet reeds op grond van de omstandigheid dat de vorige en de nieuwe begunstigde van de opdracht vergelijkbare diensten leveren, kan worden geconcludeerd dat er sprake is van een overdracht van een economische entiteit tussen opeenvolgende ondernemingen. Een entiteit kan namelijk niet worden gereduceerd tot de activiteit waarmee zij is belast. Haar identiteit blijkt eveneens uit andere factoren, zoals de personeels-

samenstelling, de leiding, de taakverdeling, de bedrijfsvoering of, in voorkomend geval, de beschikbare productiemiddelen (arrest Hof van 10 december 1998, Hidalgo e.a., C-173/96 en C-247/96, Jurispr. blz. I-8237, punt 30).

93 Voor zover in een sector zoals die van de bewaking, waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn bij de activiteit, een groep werknemers die duurzaam een gemeenschappelijke activiteit verricht, een economische eenheid kan vormen, kan een dergelijke eenheid haar identiteit dus ook na de overdracht behouden, wanneer de nieuwe begunstigde niet alleen de betrokken activiteit voortzet, maar ook een wezenlijk deel — qua aantal en deskundigheid — van het personeel dat zijn voorganger daarvóór speciaal voor die taak had ingezet, overneemt (arrest Hidalgo e.a., punt 92 supra, punt 32).

94 Uit een en ander volgt dat in casu het bestaan van een overgang van een onderneming tussen de oude en de nieuwe opdrachtnemer afhangt van de eventuele overname door de nieuwe begunstigde van een wezenlijk deel — qua aantal en deskundigheid — van het personeel dat verzoekster voor de uitvoering van het contract had bestemd. Bijgevolg kon de Commissie noch bij de bekendmaking van de aanbesteding, noch op de datum van het gunningsbesluit weten of de feitelijke voorwaarden voor een overgang van een onderneming en dus de toepassing van de wet van 19 december 2003 tot omzetting van richtlijn 2001/23 waren vervuld.

95 Daarnaast wordt in de door verzoekster ingeroepen brief van 14 december 2005, waarin Group 4 Falck haar wens kenbaar maakt om onder de werknemers van Brink's die voor de uitvoering van de opdracht waren bestemd, 40 personen met voorrang aan te nemen, slechts een intentie uitgedrukt. Zij kan niet worden gelijkgesteld met de overname van een wezenlijk deel — qua aantal en deskundigheid — van het personeel (173 in aantal) dat Brink's voor de litigieuze opdracht bestemde, dat wil zeggen met de in de rechtspraak vereiste voorwaarde voor een overgang van een onderneming (zie in die zin arrest Hidalgo e.a., punt 92 supra, punt 32).

96 Bovendien is die intentie uitgedrukt na de indiening van de offerte door Group 4 Falck en het gunningsbesluit. In het kader van een beroep tot nietigverklaring op grond van artikel 230 EG moet de rechtmatigheid van een betrokken gemeenschapshandeling worden beoordeeld aan de hand van de feiten en de rechtstoestand op de datum waarop de handeling is vastgesteld (arrest Frankrijk/Commissie, punt 42 supra, punt 7; arresten Gerecht van 25 juni 1998, British Airways e.a./Commissie, T-371/94 en T-394/94, Jurispr. blz. II-2405, punt 81, en 14 januari 2004, Fleuren Compost/Commissie, T-109/01, Jurispr. blz. II-127, punt 50) en de gegevens waarover de instelling die de handeling heeft opgesteld kon beschikken op het ogenblik waarop zij deze vaststelde (zie in die zin arrest Hof van 24 september 2002, Falck en Acciaierie di Bolzano/Commissie, C-74/00 P en C-75/00 P, Jurispr. blz. I-7869, punt 168). Verzoekster kan zich voor de gemeenschapsrechter dus niet beroepen op feitelijke gegevens die dateren van na het gunningsbesluit of waarvan de Commissie geen kennis kon hebben bij de vaststelling daarvan. Datzelfde geldt voor verzoeksters bewering dat Group 4 Falck op 31 maart 2006, 56 van 173 werknemers die zij voor de uitvoering van de litigieuze opdracht had bestemd, heeft overgenomen.

97 Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de feitelijke voorwaarden voor het bestaan van een overgang van een onderneming niet waren vervuld toen Group 4 Falck op 12 oktober 2005 haar offerte indiende, en evenmin toen het gunningsbesluit werd genomen.

98 Daarnaast hoeft niet te worden geantwoord op verzoeksters grief over de onrechtmatigheid van de weigering van de Commissie om haar gunningsbesluit in te trekken, gelet op het ontbreken van een stilzwijgende weigeringsbeschikking en de niet-ontvankelijkheid van verzoeksters vordering tot nietigverklaring van de brieven van de Commissie van 7 en 14 december 2005, behoudens op het punt van de weigering de samenstelling van het evaluatiecomité mede te delen.

99 Bijgevolg kan verzoeksters argument niet slagen.

100 Uit een en ander volgt dat het onderhavige onderdeel moet worden afgewezen.

Tweede onderdeel, inzake de onrechtmatigheid van het bestek van de Commissie

— Argumenten van partijen

101 Verzoekster verwijt de Commissie dat zij in het aan de inschrijvers overhandigde bestek niet de lijst van werknemers en hun contractvoorwaarden heeft opgenomen. Bij gebreke van een dergelijke lijst is het onmogelijk dat een door de andere inschrijvers ingediende offerte de overname van die werknemers kan omvatten.

102 De Commissie meent dat, zelfs als van een overgang van een onderneming zou zijn gebleken, daaruit geen verplichting voor de aanbestedende dienst kan worden afgeleid om de overname van arbeidsovereenkomsten in het bestek verplicht te stellen.

— Beoordeling door het Gerecht

103 Ingevolge de beginselen van behoorlijk bestuur en van loyale samenwerking tussen de gemeenschapsinstellingen en de lidstaten, zijn de instellingen gehouden zich ervan te verzekeren dat de in een aanbesteding opgenomen voorwaarden de potentiële inschrijvers niet aanzetten tot schending van de op hun werkzaamheden toepasselijke nationale wetgeving (zie in die zin arrest Gerecht van 6 juli 2000, AICS/Parlement, T-139/99, Jurispr. blz. II-2849, punt 41).

104 In casu kan het ontbreken van een lijst van de werknemers van Brink's in het bestek niet worden beschouwd als een aanzet voor de inschrijvers of de aanbestedende dienst tot schending van de nationale regelgeving inzake het behoud van de rechten van de werknemers in geval van de overgang van een onderneming. De Commissie heeft in haar bestek geen voorwaarde opgenomen die noodzakelijkerwijs leidt tot een schending van de wet van 19 december 2003, door elke overname van arbeidsovereenkomsten in geval van een overgang van een onderneming onmogelijk te maken. De

enige voorwaarden in het bestek over het personeel, te weten het vereiste van een beroepservaring van ten minste één jaar, drie jaar of vijf jaar naargelang van de bezette functie en het vereiste dat ten minste 10 % van de beveiligingsagenten een basisopleiding tot EHBO'er en/of vrijwillige brandweerman moet hebben genoten, staat er niet aan in de weg dat een eventuele uit de wet van 19 december 2003 voortvloeiende verplichting tot overname van de arbeidsovereenkomsten van de agenten die Brink's voor de uitvoering van het beveiligingscontract heeft bestemd, wordt nageleefd.

105 Bovendien voorzag het bestek er uitdrukkelijk in dat de begunstigde van de opdracht, bij de ondertekening van het contract moest voldoen aan de in Luxemburg van kracht zijnde regelgeving, zodat de inschrijvers werd verzocht, zich ervan te vergewissen dat zij de van kracht zijnde nationale regelgeving eerbiedigden.

106 Uit een en ander volgt dat verzoeksters grief over het ontbreken van een lijst van werknemers in het bestek moet worden verworpen.

b) Eerste middel, inzake schending van het gelijkheidsbeginsel, toegepast op overheidsopdrachten

Argumenten van partijen

107 Volgens verzoekster heeft de Commissie, door een anciënniteit van ten minste één jaar verplicht te stellen, haar in een nadelige positie gebracht, doordat zij reeds sinds de jaren zeventig met de opdracht was belast en een groot aantal werknemers tewerk stelt met een anciënniteit van meer dan een jaar, hetgeen een zekere salarislast vertegenwoordigt waarmee de overige inschrijvers geen rekening hoefden te houden in hun offertes. Indien de overname van het geheel van de arbeidsovereenkomsten, met behoud van hun rechten, van de werknemers Brink's die voor de litigieuze opdracht waren bestemd,

voor de nieuwe begunstigde niet verplicht was, had de Commissie haar verplicht moeten stellen om een dergelijke schending van het gelijkheidsbeginsel te voorkomen.

108 Verzoekster meent dat een verplichting de contracten over te nemen, de overige inschrijvers niet zou hebben belet om lagere prijzen voor te stellen, door andere aspecten van hun offertes te optimaliseren.

109 De Commissie geeft te kennen dat de voorwaarde inzake een minimale beroepservaring van ten minste één jaar voor de agenten een realistische voorwaarde is en aangepast is aan de specificiteit van de taak op haar ruimten toezicht te houden, hetgeen er overigens toe heeft bijgedragen de opdracht zo veel als mogelijk open te stellen voor mededinging.

110 Zij voegt toe als zij een langere minimale beroepservaring zou hebben geëist om rekening te houden met de salarisbeperkingen van Brink's, dit discriminatoir zou zijn geweest ten opzichte van de overige inschrijvers.

111 De Commissie meent bovendien dat zij naar Luxemburgs recht niet gemachtigd is, de overname van de arbeidsovereenkomsten verplicht te stellen.

Beoordeling door het Gerecht

112 Blijkens artikel 89, lid 1, van het Financieel Reglement worden bij alle geheel of gedeeltelijk door de begroting gefinancierde overheidsopdrachten het transparantiebeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het beginsel van gelijke behandeling en het beginsel van non-discriminatie in acht genomen.

113 Volgens vaste rechtspraak is de aanbestedende dienst dus gehouden om in elke fase van de aanbestedingsprocedure het beginsel van de gelijke behandeling van en bijgevolg de gelijke kansen van alle inschrijvers te eerbiedigen (arrest Hof van 29 april 2004, Commissie/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Jurispr. blz. I-3801, punt 108; arresten Gerecht van 17 december 1998, Embassy Limousines & Services/Parlement, T-203/96, Jurispr. blz. II-4239, punt 85, en 12 juli 2007, Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-250/05, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 45).

114 Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen. Dit impliceert dat alle concurrenten aan dezelfde voorwaarden worden onderworpen (zie arrest Gerecht van 12 maart 2008, European Network/Commissie, T-332/03, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 125, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

115 Het transparantiebeginsel, dat er het logische voortvloeisel van vormt, heeft in essentie tot doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in de aankondiging van opdracht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze (arrest Commissie/CAS Succhi di Frutta, punt 113 supra, punt 111).

116 In diezelfde zin voorziet artikel 131, lid 1, eerste alinea, van de uitvoeringsvoorschriften erin dat „[d]e technische specificaties […] gelijke toegang van de gegadigden en inschrijvers mogelijk [moeten] maken en […] geen ongerechtvaardigde belemmeringen van de concurrentie [mogen] creëren”.

117 In casu beweert verzoekster dat, door in het bestek een beroepservaring van ten minste één jaar op te nemen, de gelijke behandeling van de inschrijvers bij de aanbesteding niet kan worden verzekerd.

118 Vastgesteld moet worden dat de voorwaarde inzake een beroepservaring van ten minste een jaar op het gebied van bewaking voor de agenten, voorzien in punt 21 van het bestek, zonder onderscheid op alle inschrijvers van toepassing is.

119 Deze voorwaarde is daarnaast duidelijk, precies en ondubbelzinnig geformuleerd.

120 Daarenboven lijkt het vereiste van een beroepservaring van ten minste een jaar niet ongeschikt in het licht van de toezichttaken die in het kader van de uitvoering van het contract moeten worden verricht. Opgemerkt moet worden dat voor de functies sitemanager en teamleider het bestek een beroepservaring van ten minste vijf jaar op bewakingsgebied vereiste, waarvan ten minste twee jaar als verantwoordelijke van een bewakingsploeg, en een beroepservaring van ten minste drie jaar als beveiligingscoördinator. De bepalingen in het bestek over de beroepservaring van de agenten tonen dus aan dat de aanbestedende dienst de vereisten op het gebied van beroepservaring wilde afstemmen op de specifiek te vervullen functies.

121 Verzoekster betwist overigens niet dat de afstemming van het vereiste van een beroepservaring van ten minste één jaar op de specifiek te vervullen functies geschikt is.

122 Hoe dan ook heeft de Commissie, zoals zij ook zelf benadrukt, bijgedragen aan een beperking van het aantal potentiële inschrijvers door een beroepservaring van meer dan een jaar voor te schrijven en heeft zij daardoor zelfs de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging beperkt zonder dat dit gerechtvaardigd leek door hetgeen voor de volbrenging van de taak noodzakelijk was. Een dergelijke voorwaarde zou een ongerechtvaardigde belemmering van de concurrentie in de zin van artikel 131 van uitvoeringsvoorschriften hebben opgeleverd.

123 Ook moet worden opgemerkt dat richtlijn 2001/23, bij wet van 19 december 2003 omgezet in Luxemburgs recht, een afgebakende werkingssfeer heeft. Daar de voorwaarden voor een overgang van een onderneming niet waren vervuld (zie de punten 89 tot en met 97 hierboven), stond het niet aan de Commissie om de overname

van de arbeidsovereenkomsten voor te schrijven. De Commissie heeft immers niet de bevoegdheid een onderneming te verplichten haar arbeidsovereenkomsten over te dragen of personen aan te werven die zij zelf niet heeft gekozen.

124 Bijgevolg moet worden geconcludeerd dat het niet aan de Commissie stond om, uit hoofde van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, een minimale beroepservaring van meer dan een jaar of de overname van de door Brink's voor de uitvoering van de opdracht bestemde agenten voor te schrijven. Het onderhavige middel moet dus worden afgewezen.

c) Derde middel, inzake schending van het gelijkheidsbeginsel zoals toegepast op openbare aanbestedingen, als gevolg van het feit dat Group 4 Falck op het moment van indiening van haar offerte over geprivilegieerde inlichtingen beschikte

Argumenten van partijen

125 Verzoekster meent dat Group 4 Falck over haar betreffende geprivilegieerde inlichtingen beschikte, die haar hebben geholpen en haar hebben bevoordeeld bij de voorbereiding van haar offerte. Dit leidt tot een schending van gelijkheidsbeginsel, meer bepaald de gelijke behandeling van de inschrijvers.

126 Deze wezenlijke inlichtingen zijn door Securicor Luxembourg — thans Brink's — aan haar voormalige moederonderneming verstrekt ten tijde van de fusie tussen Group 4 Falck A/S en Securicor, in antwoord op een verzoek om aanvullende inlichtingen van de Commissie naar aanleiding van de aanmelding van de concentratie. Het betreft met name omzetgegevens per klant en per activiteit, gegevens over de contracten, klantenlijsten, gegevens over contactpersonen en analyses van prijzen, kosten, marges en winsten. Zelfs gesteld dat de Commissie van dit feit niet op de hoogte was ten tijde

van de gunning, had zij haar gunningsbesluit moeten intrekken toen dit haar bij brief van 5 december 2005 door verzoekster ter kennis was gebracht.

127 Verzoekster benadrukt dat de verplichting tot isolering („ring fencing"), voorzien in de beschikking van de Commissie van 28 mei 2004, om ervoor te zorgen dat Group 4 Falck geen zakengeheimen, knowhow of commerciële of anderszins gevoelige informatie over de afgestoten activa kon verkrijgen of gebruiken, pas na de datum van die beschikking in voege was.

128 De Commissie meent dat het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers niet is geschonden door het enkele feit dat een inschrijver over bepaalde inlichtingen beschikt, zelfs geprivilegieerde, waarover de andere inschrijvers niet beschikken. Zij meent dat zij niet verplicht is om stelselmatig na te gaan of de inlichtingen waarover de inschrijvers beschikken vertrouwelijk zijn.

129 De Commissie preciseert dat zij geen enkele reden had om aan te nemen dat de begunstigde bij de gunning van de opdracht over dergelijke inlichtingen beschikte, nu een verplichting tot isolering in voege was als gevolg van de beschikking van de Commissie van 28 mei 2004. Verzoekster heeft volgens haar niet aangetoond dat Group 4 Falck heeft geprofiteerd van geprivilegieerde inlichtingen.

130 Interveniënte geeft aan dat zij nimmer inlichtingen over verzoekster of de litigieuze aanbesteding van haar moederonderneming, Group 4 Falck A/S, of de onderneming die uit de fusie van beide groepen is ontstaan, de vennootschap Group 4 Securicor plc, heeft verkregen, noch vóór, noch na de fusie. Zij merkt op dat de inlichtingen die volgens verzoekster zijn verstrekt, hoe dan ook te algemeen waren om in het kader van de inschrijving te worden gebruikt, daar zich daaronder geen wezenlijke gegevens bevonden zoals details over de kosten (lonen, afwezigheidspercentage, begeleidings- en opleidingskosten) en de winstmarge op de betrokken opdracht. Deze inlichtingen zouden bovendien gedateerd en achterhaald zijn, gelet op de wijzigingen die sinds de integratie van verzoekster in de groep Brink's Inc. hebben plaatsgevonden en de significante verschillen tussen deze aanbesteding en de vorige (nieuwe afbakening van

de categorieën agenten en de hun toebedeelde taken, nieuwe verplichtingen op opleidingsgebied en verhoogde eisen op het gebied van het materieel).

Beoordeling door het Gerecht

131 Bepaald moet worden of Group 4 Falck beschikte over vertrouwelijke inlichtingen die haar op beslissende wijze hebben bevoordeeld bij de voorbereiding van haar offerte. Daarvoor is vereist dat dergelijke wezenlijke inlichtingen door verzoekster zijn verstrekt bij gelegenheid van de aanmelding van de concentratie en vervolgens dat deze inlichtingen aan Group 4 Falck zijn medegedeeld door haar moederonderneming en door Group 4 Falck zijn gebruikt bij de voorbereiding van haar offerte.

132 Verzoekster beweert dat zij wezenlijke inlichtingen heeft verstrekt aan haar voormalige moederonderneming, Securicor, waarvan Group 4 Falck heeft geprofiteerd. Zij heeft in de bijlage bij haar verzoekschrift een aantal e-mailberichten overgelegd die op 5 maart 2004 en 26 april 2004 aan Securicor zijn gezonden, met daarin onder meer inlichtingen over de Luxemburgse bewakingsmarkt, gegevens over de omzet die is gegenereerd met de tien belangrijkste contracten van verzoekster (met op de eerste plaats de bewaking van de gebouwen van de Commissie) en de structuur van de directe en indirecte kosten van haar activiteit op het gebied van bewaking. Sociale gegevens, zoals het waargenomen gemiddelde percentage werkonderbreking als gevolg van ziekte of het belang van overuren, alsook de hoogte van de marge op de bewakingsactiviteit, zijn eveneens onderdeel van de verstrekte inlichtingen.

133 Deze inlichtingen, die betrekking hebben op verzoeksters activiteit op het gebied van beveiliging in zijn geheel, en niet op de litigieuze aanbesteding, kunnen de gekozen inschrijver niet op beslissende wijze hebben bevoordeeld, aangezien op basis daarvan de precieze hoogte van verzoeksters offerte niet kon worden berekend.

134 Verzoekster draagt bovendien geen enkel bewijselement aan ter ondersteuning van haar bewering dat deze inlichtingen aan Group 4 Falck zijn verstrekt door haar moederonderneming en dat zij door Group 4 Falck zijn gebruikt bij de voorbereiding van haar offerte, zulks in strijd met de vertrouwelijkheidsverklaringen die door de werknemers van Group 4 Falck zijn ondertekend om uitvoering te geven aan de beschikking van de Commissie van 28 mei 2004.

135 Ook moet worden opgemerkt dat verzoekster en interveniënte niet de enige ondernemingen waren die hebben ingeschreven. Zelfs gesteld dat deze inlichtingen in het bezit van de gekozen inschrijver waren, zou het voor hem riskant zijn geweest om zijn offerte op te stellen met uitsluitend die van verzoekster, die slechts een van zes inschrijvers was, als maatstaf, zich daarbij baserend op gegevens uit 2004 en van vóór de overname van Securicor Luxemburg — thans Brink's — door de groep Brink's, die in de tussentijd belangrijke wijzigingen in de bedrijfsvoering had kunnen invoeren.

136 Uit een en ander volgt dat verzoekster noch heeft aangetoond dat zij bij de aanmelding van de concentratie vertrouwelijke inlichtingen heeft verstrekt die Group 4 Falck bij de voorbereiding van haar offerte hebben bevoordeeld, noch dat dergelijke inlichtingen aan Group 4 Falck zijn verstrekt door haar moederonderneming en door de gekozen inschrijver zijn gebruikt in het kader van de aanbesteding.

137 Het onderhavige middel moet dus worden afgewezen.

d) Vierde middel, inzake schending van de beschikking van de Commissie van 28 mei 2004

Argumenten van partijen

138 Verzoekster betoogt met het onderhavige middel dat het gunningsbesluit onrechtmatig is omdat het een schending oplevert van de beschikking van de Commissie van 28 mei 2004.

139 Bij de beschikking van de Commissie van 28 mei 2004 is de fusie tussen Group 4 Falck A/S en Securicor goedgekeurd onder de voorwaarde van het afstoten van een aantal activa, waaronder Securicor Luxemburg, die is overgedragen aan de groep Brink's. Volgens verzoekster heeft de gunning van de litigieuze opdracht, die voorheen in handen van Brink's was, aan Group 4 Falck, tot gevolg dat Securicor de marktaandelen en activa die in het kader van de fusie zijn afgestoten, weer terugwint. Dit terugwinnen is onder meer mogelijk gemaakt door het bezit van vertrouwelijke inlichtingen die door Group 4 Securicor zijn verkregen bij de aanmelding van de concentratie.

140 De Commissie betwist enige schending van haar beschikking van 28 mei 2004, meer bepaald de verbintenissen die door Group 4 Falck A/S en Securicor zijn aangegaan om een beschikking te verkrijgen waarbij de concentratie met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is verklaard.

141 De Commissie onderstreept dat verbintenis 10 in de beschikking, volgens welke Group 4 Falck Securicor gedurende zes maanden na de overdracht niet actief klanten van de overgedragen ondernemingen mocht werven, niet geschonden is. De indiening van de offerte van Group 4 Falck heeft immers op 12 oktober 2005 plaatsgevonden, dus na afloop van de termijn van zes maanden na de overdracht, die eindigde op 4 maart 2005.

142 Volgens verbintenis 9 in de beschikking van de Commissie van 28 mei 2004 was Group 4 Falck ook gehouden geen vertrouwelijke inlichtingen over verzoekster te verkrijgen of te gebruiken. Volgens de Commissie heeft Group 4 Falck deze verbintenis niet kunnen schenden, gelet op de verplichting tot isolering die bij gelegenheid van de concentratie is opgelegd, zoals bevestigd in het verslag van de trustee die op de naleving van de aangegane verbintenissen moest toezien. De Commissie meent dat verzoekster geen enkel bewijs aandraagt dat ertoe strekt aan te tonen dat de aangegane verbintenissen zijn geschonden.

143 Verzoekster preciseert in haar conclusie van repliek dat de verplichting tot isolering pas na de vaststelling van de beschikking van de Commissie van 28 mei 2004 in voege was en enkel zag op inlichtingen die vanaf dan waren verstrekt, terwijl de inlichtingen betreffende de litigieuze opdracht vóór die datum zijn verstrekt.

144 Zij voegt daaraan toe dat indien het in de enuntiatieve aankondiging aangekondigde tijdpad was gevolgd, het Group 4 Falck niet zou zijn toegestaan om aan de aanbestedingsprocedure deel te nemen, gelet op de in verbintenis 10 voorziene termijn van zes maanden.

145 De Commissie benadrukt dat de datum van bekendmaking van het bericht van aanbesteding die in de enuntiatieve aankondiging is aangekondigd slechts een indicatieve schatting is. Zij licht toe dat de uitwerking van de aanbesteding meer tijd heeft gevergd dan aanvankelijk voorzien, aangezien verschillende organen van de Gemeenschap betroffen waren.

Beoordeling door het Gerecht

146 Verzoeksters argument dat de gunning van de litigieuze opdracht aan Group 4 Falck ertoe leidt dat de groep die uit de fusie is ontstaan, de marktaandelen en dus de afgestoten activa weer terugwint, moet worden verworpen. De afstoting van de door Securicor gehouden activa op de Luxemburgse bewakingsmarkt, die bij de beschikking van de Commissie van 28 mei 2004 is voorgeschreven, had tot doel te voorkomen dat de

concentratie leidde tot de totstandkoming van een machtspositie op deze markt. Deze afstoting had niet tot doel de groep die uit de fusie is ontstaan te verbieden haar marktaandelen op de betrokken markt weer op te bouwen, nu de wederopbouw van de marktaandelen het resultaat is van het vrije concurrentiespel, zoals in casu. De door verzoekster voorgestane uitlegging aan de afstoting van activa die bij de beschikking van de Commissie van 28 mei 2004 is opgelegd, leidt ertoe dat het vrije concurrentiespel wordt vervalst, doordat het marktaandeel van de dochteronderneming van de uit de fusie voortgekomen groep op de betrokken markt definitief wordt bevroren.

147 Aangaande de schending van verbintenis 9 inzake het verbod om vertrouwelijke inlichtingen te verkrijgen of te gebruiken, moet worden opgemerkt dat verzoekster geen enkel feitelijk of bewijselement aandraagt ter ondersteuning van haar bewering dat deze verbintenis is geschonden.

148 Verbintenis 10 van de beschikking van de Commissie van 28 mei 2004, die elke actieve werving van de voormalige klanten (waarvan de Commissie deel uitmaakt) door Group 4 Falck gedurende een periode van zes maanden vanaf de overdracht, dus tot 4 september 2005, verbiedt, is evenmin geschonden. Daar waar het gaat om een opdracht die openbaar wordt aanbesteed, kan immers enkel de formele indiening van een offerte worden beschouwd als een actieve werving. De offerte van Group 4 Falck is pas op 12 oktober 2005 ingediend, na het verstrijken van de termijn. Noch de op 25 maart 2005 door Group 4 Falck gestelde vraag, waarmee zij wilde vernemen wanneer het bestek beschikbaar zou zijn, noch die waarmee zij de specificaties van de aanbesteding wilde verkrijgen, gesteld op 1 september 2005, kunnen in die context als een actieve werving worden beschouwd.

149 Daarnaast moet verzoeksters argument gebaseerd op het tijdverloop tussen de datum van bekendmaking van de aanbesteding en de datum genoemd in de enuntiatieve aankondiging worden verworpen. De in die aankondiging genoemde datum was immers slechts een schatting die de aanbestedende dienst niet kan binden.

150 Uit een en ander volgt dat het onderhavige middel moet worden afgewezen.

e) Vijfde middel, inzake schending van de motiveringsplicht, het transparantiebeginsel en het recht op toegang tot de documenten van de instellingen

Argumenten van partijen

151 Volgens verzoekster heeft de Commissie de in artikel 253 EG voorziene motiveringsplicht, artikel 12, lid 1, van 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 L 209, blz. 1), artikel 100, lid 2, van het Financieel Reglement en artikel 149, lid 3, van de uitvoeringsvoorschriften geschonden.

152 Zij meent dat de mededeling van slechts de cijfers die respectievelijk aan Group 4 Falck en haarzelf voor elk gunningscriterium zijn toegekend, zonder de gebruikte evaluatiemethode of de praktische toepassing daarvan te preciseren, een ontoereikende motivering vormt. Verzoekster herinnert eraan dat zij in haar brief van 8 december 2005 duidelijk aan de Commissie heeft aangegeven dat zij de door haar verstrekte motivering ontoereikend achtte.

153 Verzoekster meent dat het door de Commissie gegeven antwoord in haar brief van 14 december 2005, dat beperkt was tot een indicatie dat Group 4 Falck voldoende bewijsstukken had overgelegd, ontoereikend is voor een instelling die aan een transparantieverplichting onderworpen is.

154 Verzoekster beweert daarnaast dat de Commissie, door haar niet de documenten mede delen die door Group 4 Falck zijn overgelegd om de door het bestek vereiste inlichtingen te onderbouwen, het recht op toegang tot de documenten van de instellingen heeft geschonden. Deze weigering berust bovendien niet op enige gegronde reden. Zij meent dat de Commissie haar een geanonimiseerde versie van deze documenten had kunnen verstrekken.

155 De Commissie geeft te kennen dat zij haar gunnings- en afwijzingsbesluit toereikend heeft gemotiveerd in het licht van de rechtspraak over de omvang van de motiveringsplicht op het gebied van openbare aanbestedingen.

156 Zij voegt toe dat, aangezien haar motivering toereikend was, zij niet de door Group 4 Falck in het kader van de indiening van haar offerte overgelegde bewijsstukken hoefde mede te delen.

Beoordeling door het Gerecht

157 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat verzoekster in antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht heeft bevestigd dat zij zich met het onderhavige middel, ondanks de bewoordingen daarvan, beperkt tot het inroepen van een schending van de motiveringsplicht.

158 Het is vaste rechtspraak dat de door artikel 253 EG vereiste motivering moet beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking doen komen, opdat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen (arrest Hof van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 63; arresten Gerecht van 14 juli 1995, Koyo Seiko/Raad, T-166/94, Jurispr. blz. II-2129, punt 103, en 8 mei 1996, Adia Interim/Commissie, T-19/95, Jurispr. blz. II-321, punt 32).

159 Anders dan verzoekster betoogt, wordt de op de Commissie rustende verplichting om de afwijzing van haar offerte te motiveren in deze zaak niet beheerst door richtlijn 92/50. Zoals hierboven in de punten 1 tot en met 3 in herinnering is gebracht, zijn het Financieel Reglement en de uitvoeringsvoorschriften de in casu relevante toepasselijke bepalingen en meer bepaald artikel 100, lid 2, van het Financieel Reglement en

artikel 149 van de uitvoeringsvoorschriften, die de op de bevoegde instelling rustende motiveringsplicht in het kader van een openbare-aanbestedingsprocedure regelen.

160 Uit deze bepalingen en de vaste rechtspraak volgt dat de aanbestedende dienst aan zijn motiveringsplicht voldoet wanneer hij ermee volstaat om eerst de afgewezen inschrijvers in kennis te stellen van de redenen van de afwijzing van hun offerte en vervolgens de inschrijvers die een geldige offerte hebben ingediend en daar uitdrukkelijk om hebben verzocht, binnen vijftien kalenderdagen na ontvangst van een schriftelijk verzoek mededeling te doen van de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte en van de naam van degene aan wie de opdracht werd gegund (arrest Gerecht van 10 september 2008, Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-465/04, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 47, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

161 Deze handelwijze beantwoordt aan het doel van de in artikel 253 EG geformuleerde motiveringsplicht.

162 Om bijgevolg te bepalen of de Commissie in de onderhavige zaak aan haar motiveringsplicht heeft voldaan, moet worden overgegaan tot onderzoek van het gunnings- en het afwijzingsbesluit, alsook de brieven van de Commissie van 5, 7 en 14 december 2005, die verzoekster zijn toegezonden in antwoord op haar uitdrukkelijke verzoeken van 1, 5 en 8 december 2005 om aanvullende inlichtingen over het gunnings- en het afwijzingsbesluit.

163 De Commissie heeft in het afwijzingsbesluit, in overeenstemming met artikel 100, lid 2, van het Financieel Reglement, de redenen uiteengezet waarom verzoeksters offerte werd afgewezen, namelijk omdat deze offerte niet het hoogste cijfer had gekregen na afloop van de eindevaluatie. Daarin werd verzoekster ook in kennis gesteld van de mogelijkheid om aanvullende inlichtingen te verzoeken over de redenen voor de afwijzing van haar offerte en, aangezien deze laatste geldig was, van de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte en van de naam van degene aan wie de opdracht werd gegund.

164 Aangaande de brieven van 5, 7 en 14 december 2005 moet meteen al worden opgemerkt dat de Commissie, zoals voorzien in artikel 149, lid 3, van de uitvoeringsvoorschriften, binnen de termijn van vijftien kalenderdagen vanaf de ontvangst daarvan op verzoeksters schriftelijke verzoeken van 1, 5 en 8 december 2005 heeft geantwoord.

165 De brief van 5 december 2005 is als volgt verwoord:

„[…]

Het bestek voorzag erin dat de opdracht zou worden gegund aan de economisch voordeligste aanbieding, volgens de daarin uiteengezette methodologie.

De opdracht in het kader van de openbare aanbesteding werd gegund […] aan de onderneming:

[Group 4 Falck]

[…]

De vergelijking van de evaluatie van uw offerte ten opzichte van die van de onderneming waaraan de opdracht werd gegund is in de volgende tabel uiteengezet:

	Group 4 Falck	[Brink's]
Kwalitatieve evaluatie	30/30	30/30
Financiële evaluatie	70/70	68,67/70
Eindevaluatie	100/100	98,67/100
RANG	1	2

[…]"

166 In de brief van 14 december 2005, die meerdere inlichtingen bevatte in antwoord op de door verzoekster gevraagde nadere gegevens, is onder meer aangegeven:

„[…]

In aanvulling op onze eerdere brief, vindt u bijgaand nadere inlichtingen over de kwalitatieve evaluatie van de offertes:

Kwalitatieve evaluatie	Group 4 Falck	[Brink's]
Criterium 26: Organisatie die is opgezet om de in het contract voorziene prestaties te waarborgen	10/10	10/10
Criterium 27: Organisatie die is opgezet — termijnen die zijn voorzien voor een doeltreffende reactie op betogingen of onvoorziene gebeurtenissen of elke andere wijzing van het bewakingsdispositief	10/10	10/10
Criterium 28: Basisopleiding tot EHBO'er en/of vrijwillige brandweerman	10/10	10/10
TOTAAL	30/30	30/30

Wat criteria 26 en 27 betreft, zijn zowel de door Brink's als de door Group 4 Falck gegeven omschrijvingen als zeer compleet en zeer toereikend beschouwd. Zij verdienen dus het maximale aantal punten, overeenkomstig de in het bestek uiteengezette methodologie.

Wat criterium 28 betreft, heeft Group 4 Falck voldoende bewijsstukken overgelegd om de voor dit criterium ontvangen 10 punten te rechtvaardigen.

Om redenen van vertrouwelijkheid van de offerte van uw concurrent, kunnen wij u niet meer details over de inhoud daarvan prijsgeven.

[…]"

167 Vastgesteld moet worden dat, door in deze brieven de naam van de onderneming aan wie de opdracht is gegund en de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte ten opzichte van die van verzoekster te preciseren in het licht van de in het bestek vastgelegde gunningscriteria, de Commissie de afwijzing van verzoeksters offerte rechtens genoegzaam heeft gemotiveerd.

168 In de eerste plaats kon verzoekster op basis van de aangeleverde tabellen voor elk criterium een directe vergelijking maken tussen de punten die haar waren toegekend en die van de gekozen inschrijver, nu de Commissie zich er niet toe had beperkt om verzoekster de totale scores van beide betrokken offertes mede te delen. Meer bepaald kon verzoekster op basis van de eerste tabel meteen de exacte redenen aanwijzen waarom haar offerte niet werd gekozen, namelijk een lagere score dan Group 4 Falck op het punt van de financiële evaluatie (zie in die zin arresten Gerecht van 26 februari 2002, Esedra/Commissie, T-169/00, Jurispr. blz. II-609, punten 191-193; 25 februari 2003, Strabag Benelux/Raad, T-183/00, Jurispr. blz. II-135, punt 57, en 25 februari 2003, Renco/Raad, T-4/01, Jurispr. blz. II-171, punt 95).

169 In de tweede plaats volgt uit de brief van 14 december 2005 ook dat verzoeksters offerte voor geen enkel van de in het bestek genoemde drie criteria hoger was gerangschikt dan de gekozen offerte. Bovendien zijn in het algemene commentaar dat in die brief in aanvulling op de scores is gegeven, de redenen uitgewerkt die de Commissie ertoe hadden gebracht aan de beide betrokken offertes het maximale aantal punten toe te kennen.

170 Ten slotte kan verzoekster niet op goede gronden betogen dat zij door de Commissie niet in kennis is gesteld van de gevolgde evaluatiemethode voor elk criterium en de toepassing daarvan in de praktijk.

171 Als ontvanger van het bestek van de openbare aanbesteding was Brink's nog vóór de gunning van de opdracht aan interveniënte exact op de hoogte van de door de

Commissie gehanteerde evaluatiemethode. Met de brief van de Commissie van 14 december 2005 zijn haar vervolgens de nodige verduidelijkingen gegeven over de toepassing die daaraan is gegeven.

172 Wat de criteria in de punten 26 en 27 van het bestek betreft, beschreef dit laatste de gevolgde evaluatiemethode onder verwijzing naar een zeer toereikende omschrijving van de organisatie die was opgezet om te waarborgen dat de prestaties op de verschillende sites optimaal zouden worden verricht en om de tijd te beperken die nodig zou zijn om doeltreffend te reageren op verscheidene betogingen of onvoorziene gebeurtenissen of elke wijziging van het bewakingsdispositief, zijnde een maximumscore van 10 punten voor elk van beide criteria. In haar brief van 14 december 2005 heeft de Commissie een nadere uiteenzetting gegeven van de toepassing die zij aan deze methode heeft gegeven door aan verzoekster aan te geven dat de door Brink's en Group 4 Falck aangeleverde omschrijvingen op het punt van deze beide criteria als zeer toereikend zijn beschouwd, zodat hun overeenkomstig de in het bestek uiteengezette methodologie het maximum van de punten is toegekend.

173 Wat het criterium in punt 28 van het bestek betreft, beschreef dit laatste de gevolgde evaluatiemethode aldus dat de offerte met het grootste percentage agenten met een basisopleiding EHBO'er of vrijwillige brandweer het maximale aantal punten toegewezen zou krijgen, terwijl de andere offertes lagere punten zouden krijgen die degressief zouden afnemen naargelang hun afstand tot het hoogste percentage. De toekenning van de hoogste score aan de offerte van verzoekster en aan die van de gekozen inschrijver, die verzoekster bij brief van 14 december 2005 ter kennis is gebracht, betekende dus dat deze ondernemingen een identiek percentage hadden aangegeven. Bijgevolg hoefde er bij de toepassing van de in het bestek voorziene methode, in het kader van de motiveringsplicht, geen specifieke toelichting door de Commissie te worden gegeven, bovenop de preciseringen die verzoekster reeds waren gegeven in antwoord op haar verzoek om verduidelijking van de bewijsstukken die interveniënte had overgelegd.

174 Wat de financiële evaluatie van de offertes betreft, preciseert punt 29 van het bestek dat de offerte met de laagste prijs het maximale aantal punten zou worden toegewezen, terwijl de overige offertes een omgekeerd evenredige score zouden krijgen. De punten die zijn toegekend aan verzoeksters offerte en die van de gekozen inschrijver berusten

dus op een wiskundige redenering die op het punt van haar toepassing geen aanvullende toelichting van de zijde van de Commissie vergde.

175 In het licht van deze informatie moet worden geconcludeerd dat de Commissie aan haar motiveringsplicht, zoals uitgelegd in de rechtspraak, heeft voldaan.

176 Ook moet erop worden gewezen dat de Commissie in het kader van de motivering van het gunnings- en het afwijzingsbesluit, niet verplicht was om verzoekster de documenten mede te delen die door Group 4 Falck waren aangeleverd. Artikel 100, lid 2, van het Financieel Reglement voorziet er immers enkel in dat de aanbestedende dienst, na een schriftelijk verzoek, slechts mededeling doet van de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte en van de naam van degene aan wie de opdracht werd gegund.

177 Nu de Commissie niet haar motiveringsplicht heeft geschonden, moet het onderhavige middel dus worden afgewezen.

f) Zesde middel, inzake schending van de regels van de overheidsopdracht, van het bestek op het punt van de kwalitatieve evaluatiecriteria over de opleiding tot EHBO'er en/of vrijwillige brandweerman en een kennelijke beoordelingsfout

Argumenten van partijen

178 Verzoekster stelt dat Group 4 Falck noch bij de indiening van haar offerte, noch op de dag waarop zij haar verzoekschrift heeft neergelegd, over het aantal bewakingsagenten beschikte dat nodig was voor de uitvoering van de litigieuze opdracht. Zij brengt naar

voren dat interveniënte dus niet de in punt 28 van het bestek vereiste bewijsstukken heeft kunnen verstrekken, te weten afschriften van de opleidingscertificaten van de agenten, strekkende tot het bewijs dat alle betrokken bewakingsagenten een opleiding tot EHBO'er en/of vrijwillige brandweerman hadden genoten, zoals aangekondigd in haar offerte. Volgens verzoekster leidt het vermelden van een percentage dat niet met bewijs wordt geschraagd, tot de onregelmatigheid van de offerte en de beschikking waarbij de opdracht is gegund. De offerte van Group Falck had om die reden moeten worden verworpen.

179 Verzoekster meent dat het door interveniënte in haar offerte aangegeven percentage op zijn minst had moeten worden teruggebracht tot de verhouding tussen het aantal door Group 4 Falck overgelegde certificaten en die van verzoekster, dus ongeveer 45 % in plaats van 100 %.

180 Verzoekster benadrukt het feit dat het criterium in punt 28 van het bestek een gunningscriterium is, en niet een contractuele verplichting, en dat het aangekondigde percentage had moeten worden geverifieerd en verifieerbaar moest zijn toen de offerte werd ingediend.

181 Verzoekster betwist in haar conclusie van repliek en in haar opmerkingen naar aanleiding van de memorie in interventie ook de bewijswaarde van de brief van de SNCH van 11 oktober 2005. Dit document kan volgens haar niet aantonen dat 100 % van de beveiligingsagenten van Group 4 Falck de vereiste opleiding hebben genoten, daar het slechts een certificering van een kwaliteitsbeheerssysteem volgens de ISO 9001:2000-referentie (hierna: „ISO 9001") betreft die gebaseerd is op peilingen en dus onderworpen is aan het risico van de steekproef.

182 Verzoekster betwist de bewijswaarde van dit document daarnaast op grond dat de geadresseerde en het doel waarom het werd opgesteld er niet op zijn vermeld. Zij meent ook dat de ondertekenaar niet gemachtigd is om de SNCH te binden, nu hij noch bedrijfsleider, noch bedrijfsvoerder is. Zij stelt dat door Group 4 Falck druk is uitgeoefend op de auditors van de SNCH opdat zij de brief van 11 oktober 2005 zouden schrijven.

183 Verzoekster heeft bij haar opmerkingen naar aanleiding van de memorie in interventie meerdere stukken gevoegd, waaronder een e-mail van 18 december 2006 van de auditor van de SNCH die de brief van 11 oktober 2005 heeft ondertekend. Verzoekster heeft bij haar opmerkingen ook vijf verklaringen van haar werknemers gevoegd, die ertoe strekken te bevestigen dat de vertegenwoordigers van de SNCH tijdens een op 6 oktober 2006 ten kantore van Brink's gehouden vergadering, hebben verklaard dat de brief van 11 oktober 2005 was geschreven omdat Group 4 Falck daarop stond. Verzoekster heeft het Gerecht ook in overweging gegeven om meerdere van haar werknemers die aan deze vergadering hebben deelgenomen en twee werknemers van de SNCH te horen.

184 De Commissie meent dat de punten niet op basis van het aantal verstrekte certificaten worden gegeven, maar enkel in het licht van het opgegeven percentage, met name nu de aanbestedende dienst niet van tevoren het aantal agenten kan bepalen dat nodig is voor de uitvoering van het contract.

185 Volgens de Commissie bewijzen de 78 door Group 4 Falck overgelegde certificaten dat 100 % van de werknemers die deze inschrijver reeds voor het contract had voorzien, de vereiste opleidingen hadden genoten toen de offerte geëvalueerd werd. Het getuigschrift van de SNCH bewijst op zijn beurt dat 100 % van de agenten van Group 4 Falck een opleiding tot EHBO'er en/of vrijwillige brandweerman zouden moeten hebben gevolgd op het moment waarop het contract zou worden uitgevoerd, aangezien het bevestigde dat aan elke nieuw aangeworven agent een opleiding werd gegeven.

186 De Commissie geeft te kennen dat de door Brink's verdedigde uitlegging van het criterium inzake de opleiding van de agenten zou betekenen dat van de inschrijvers werd vereist dat zij onder hun personeel reeds beschikten over het volledige aantal agenten dat voor de uitvoering van het contract nodig was. Dit zou leiden tot een ongelijke behandeling van de inschrijvers, aangezien het litigieuze contract dan onvermijdelijk naar de voormalige contractant zou gaan.

187 Interveniënte geeft te kennen dat zij met de overlegging van 78 opleidingscertificaten, net zoveel certificaten heeft verstrekt als het aantal in punt 22 van het bestek bedoelde agenten. Aangaande de overige agenten die voor de opdracht bestemd zijn, en waarop

niet in punt 22 van het bestek wordt gedoeld, heeft Group 4 Falck het getuigschrift van de SNCH overgelegd dat in het algemeen hun opleiding op het gebied van eerste hulp en brandbestrijding bewijst.

188 Volgens interveniënte kan op basis van het door haar overgelegde getuigschrift van de SNCH worden aangetoond dat het operationele personeel een basisopleiding op het gebied van eerste hulp en brandbestrijding heeft gekregen, overeenkomstig de ISO 9001-norm, waarvan de naleving door een eerste certificaat wordt bevestigd, dat op zijn beurt door de SNCH is afgegeven na meerdere audits bij Group 4 Falck.

189 Interveniënte heeft in het licht van artikel 48 van het Reglement voor de procesvoering de ontvankelijkheid betwist van de nieuwe stukken die door verzoekster bij haar opmerkingen naar aanleiding van de memorie in interventie zijn overgelegd. Subsidiair heeft zij ter terechtzitting nieuwe stukken in antwoord op die van verzoekster overgelegd.

Beoordeling door het Gerecht

— Ontvankelijkheid van het nieuwe bewijsaanbod van verzoekster en interveniënte

190 Blijkens artikel 48, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering kunnen partijen nog in repliek en in dupliek aanbieden hun stellingen nader te bewijzen, op voorwaarde dat de vertraging waarmee zodanig bewijsaanbod geschiedt, wordt gemotiveerd. De vervalregel van artikel 48, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering is volgens de rechtspraak echter niet van toepassing op tegenbewijs van de tegenpartij en nadere bewijsaanbiedingen na tegenbewijs in het verweerschrift van de tegenpartij. Deze bepaling betreft namelijk nieuwe bewijsaanbiedingen en moet worden gezien in het licht van artikel 66, lid 2, van bedoeld Reglement, dat uitdrukkelijk bepaalt dat het tegenbewijs vrijstaat en nadere bewijsaanbiedingen zijn toegelaten (arrest Hof van

17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie, C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punten 71-72, en arrest Gerecht van 12 september 2007, Commissie/Trends, T-448/04, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 52).

191 In casu vormt de overlegging door verzoekster van de e-mail van de SNCH van 18 december 2006, van de e-mail van de directeur juridische zaken van Brink's van diezelfde dag, van de getuigenverklaring van de werknemers die aan de vergadering van 6 december 2006 hebben deelgenomen, alsook de stukken K1 tot en met K4, met betrekking tot de ISO 9001-norm en de SNCH, dus een aanbieding van tegenbewijs in antwoord op de stukken die door interveniënte bij de memorie in interventie zijn overgelegd om de bewijskracht aan te tonen van het document van 11 oktober 2005 dat door de SNCH is opgesteld, namelijk de statuten van de SNCH en van de Société nationale de contrôle technique, de règlement grand-ducal du 28 décembre 2001 portant détermination d'un système d'accréditation des organismes de certification et d'inspection ainsi que des laboratoires d'essais et portant création de l'Office luxembourgeois d'accréditation et de surveillance, d'un comité d'accréditation et d'un recueil national des auditeurs qualité et techniques (Mém. A 2002, p. 94; groothertogelijke verordening van 28 december 2001 inzake de vaststelling van een stelsel voor de accreditatie van certificeringsinstanties, inspecties en testlaboratoria alsmede tot oprichting van het Luxemburgse bureau voor accreditatie en toezicht, een comité voor accreditatie en een nationaal register van kwaliteits- en technische inspecteurs), en het ISO 9001-certificaat van 14 februari 2005 van Group 4 Falck. Zij valt dus niet onder de vervalregel van artikel 48, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering en moet ontvankelijk worden verklaard.

192 De door interveniënte ter terechtzitting overgelegde stukken betreffen correspondentie tussen interveniënte en de SNCH over de bewijswaarde van de brief van 11 oktober 2005 en de beweringen van verzoekster dat dit document is opgesteld na druk van Group 4 Falck op de auditors van de SNCH. Zij leveren dus een aanbieding van tegenbewijs op, bedoeld als antwoord op de opmerkingen en op de door verzoekster overgelegde stukken bij haar opmerkingen naar aanleiding van de memorie in interventie. Zij moeten dus ontvankelijk worden verklaard.

— Ten gronde

193 Vooraf moet eraan worden herinnerd dat de Commissie over een aanzienlijke beoordelingsmarge beschikt ten aanzien van de omstandigheden die in aanmerking worden genomen bij een besluit inzake de gunning van een opdracht. De toetsing van

de uitoefening van die beoordelingsmarge door het Gerecht blijft er dan toe beperkt te controleren of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn vastgesteld, en of er geen sprake is van een kennelijke beoordelingsfout of misbruik van bevoegdheid (zie in die zin arrest Hof van 23 november 1978, Agence européenne d'intérims/Commissie, 56/77, Jurispr. blz. 2215, punt 20; arresten Gerecht van 24 februari 2000, ADT Projekt/Commissie, T-145/98, Jurispr. blz. II-387, punt 147, en 6 juli 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium/Commissie, T-148/04, Jurispr. blz. II-2627, punt 47).

194 Partijen geven een uiteenlopende uitlegging aan het criterium in punt 28 van het bestek. Er dient dus aan de inhoud van punt 28 te worden herinnerd, alvorens dit criterium te duiden en, ten slotte, de bewijswaarde van de brief van de SNCH van 11 oktober 2005 te onderzoeken.

195 Punt 28 van het bestek is als volgt verwoord:

„Basisopleiding tot EHBO'er en/of vrijwillige brandweerman

De specifieke voorwaarden voor de te verrichten prestaties bepalen dat ten minste 10 % van de beveiligingsagenten een basisopleiding tot EBHO'er en/of vrijwillige brandweerman moeten hebben genoten.

— Gelieve hier het percentage van de agenten aan te geven dat deze opleiding aangaat:... %

— Gelieve bewijsstukken over te leggen op grond waarvan de aanbestedende dienst het genoemde percentage kan verifiëren (afschrift van de certificaten).

De offerte met het maximumpercentage zal het maximale aantal punten toegewezen krijgen. De overige offertes zullen een omgekeerd evenredige score worden gegeven."

196 Verzoekster en interveniënte hebben gesteld dat 100 % van hun beveiligingsagenten een dergelijke opleiding hebben genoten. Zij hebben elk 10 punten gekregen. Verzoekster heeft ter ondersteuning van dit percentage 173 opleidingscertificaten overgelegd, terwijl interveniënte 78 opleidingsboekjes heeft overgelegd, overeenstemmend met de werknemers die zij reeds voor het litigieuze contract had bestemd en waarvan de curricula vitae reeds onder toepassing van punt 22 van het bestek waren overgelegd, alsook een brief van de SNCH van 11 oktober 2005 waarin is bevestigd dat Group 4 Falck in het kader van de ISO 9001-certificering een beginopleiding op het gebied van eerste hulp en brandbestrijding geeft aan al het personeel, dat opleidingstrajecten en opfriscursussen beschikbaar zijn en dat de in 2004 en 2005 uitgevoerde audits hebben uitgewezen dat de voorziene procedures ook daadwerkelijk worden toegepast.

197 Volgens verzoekster mochten alleen inschrijvers die, zoals zijzelf, kunnen aantonen dat zij op de dag van de offerte beschikken over alle beveiligingsagenten die voor de uitvoering van het contract noodzakelijk zijn en dat die agenten een opleiding tot EHBO'er en/of vrijwillige brandweerman hebben genoten, een percentage van 100 % aangeven.

198 Deze uitlegging kan niet worden aanvaard. Zoals de Commissie benadrukt, zou deze immers leiden tot een schending van het beginsel van de gelijke behandeling van inschrijvers, aangezien zij de onderneming die de opdracht thans uitvoert bevoordeelt, nu zij als enige over alle noodzakelijke agenten beschikt. Uit de rechtspraak volgt dat, indien als vereiste werd gesteld dat de inschrijver op het moment van indiening van zijn offerte over het benodigde aantal personeelsleden beschikt, de zittende inschrijver zou worden bevoordeeld (arrest TQ3 Travel Solutions Belgium/Commissie, punt 193 supra, punt 90). Bovendien kan de aanbestedende dienst onmogelijk van tevoren het aantal benodigde agenten bepalen, nu dit van inschrijver tot inschrijver kan variëren, afhankelijk van hoe zijn organisatie is ingericht.

199 Het in punt 28 van het bestek voorkomende percentage moet dus worden opgevat als betrekking hebbend op het aantal beveiligingsagenten dat voor de uitvoering van het contract zal worden bestemd. Daar dit percentage in het stadium van de indiening van de offerte moet worden bewezen, kunnen op goede gronden bewijsstukken worden aanvaard die aantonen dat het aangekondigde percentage overeenstemt met het percentage opgeleide agenten onder de agenten die de inschrijver reeds op grond van punt 22 van het bestek moest aanwijzen en voorts dat in een opleidingsbeleid is voorzien om te waarborgen dat elke nieuw aangeworven agent over de vereiste opleiding zal beschikken.

200 Aangaande de bewijswaarde van de brief van de SNCH van 11 oktober 2005, moet worden opgemerkt dat verzoekster bij haar opmerkingen naar aanleiding van de memorie in interventie een e-mail van 18 december 2006 heeft gevoegd van de auditor van de SNCH die de brief van 11 oktober 2005 heeft ondertekend. De ondertekenaar van die brief preciseert daarin dat de brief van 11 oktober 2005 niet moet worden beschouwd als een certificaat of een getuigschrift, en dat hij niet kan strekken tot het bewijs dat 100 % van het betrokken personeel een opleiding tot EHBO'er en/of vrijwillige brandweerman heeft gekregen. De strekking van de brief van 11 oktober 2005 is volgens de ondertekenaar ervan dus niet meer dan een herinnering aan het feit dat er een opleidingsbeleid is dat daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd, dat overeenkomstig de ISO 9001-norm is geverifieerd en gecertificeerd.

201 Vastgesteld moet worden dat de bief van de SNCH van 11 oktober 2005 bij de evaluatie van de offerte van de gekozen inschrijver, niet is opgevat als zou 100 % van de agenten van Group 4 Falck op de dag van indiening van de offerte de vereiste opleiding hebben gevolgd. Hij heeft enkel gediend tot het bewijs van een opleidingsbeleid dat daadwerkelijk werd toegepast. In samenhang met de 78 opleidingscertificaten die ervan getuigden dat alle agenten die Group 4 reeds voor de uitvoering van de litigieuze opdracht wilde bestemmen, over een dergelijke opleiding beschikten, kan dit element op goede gronden worden beschouwd als bewijs dat 100 % van de beveiligingsagenten in dienst van Group 4 Falck over de vereiste opleiding zullen beschikken bij de uitvoering van het contract.

202 Wat het ontbreken van een vermelding van de geadresseerde en de doelstelling van de brief van 11 oktober 2005 betreft, moet worden opgemerkt dat het bestek vereiste dat het door de inschrijvers naar voren geschoven percentage met bewijsstukken moest

worden onderbouwd en verwees naar afschriften van certificaten, zonder evenwel enig vormvoorschrift voor te schrijven. Deze argumenten moeten dus terzijde worden geschoven.

203 Wat de hoedanigheid van de ondertekenaar betreft, moet worden vastgesteld dat de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door zich op het standpunt te stellen dat een auditor van de SNCH gemachtigd was om dit type van certificaat af te geven. De gemachtigde van de SNCH heeft in een door interveniënte ter terechtzitting overgelegde brief van 27 februari 2007 overigens bevestigd dat de betrokken auditor, krachtens de ondertekeningsbevoegdheid die aan de deskundigen van de SNCH is gedelegeerd, gemachtigd was om dit type document te ondertekenen.

204 Verzoeksters argument over de door Group 4 Falck uitgeoefende druk moet eveneens worden afgewezen, nu de afgifte van een brief ter bevestiging van de ISO 9001-certificering waarover Group 4 Falck beschikt, die conform die norm een opleidingsbeleid omvat, onderdeel is van de gebruikelijke diensten die een certificeringinstantie op eenvoudige aanvraag aan elke door haar gecertificeerde onderneming aanbiedt, zoals de gemachtigde van de SNCH in de voormelde brief van 27 februari 2007 heeft bevestigd.

205 Het blijkt dat het Gerecht in staat was om over deze grief uitspraak te doen op basis van de tijdens de schriftelijke en de mondelinge behandeling aangevoerde argumenten, alsook op basis van de overgelegde stukken. In die omstandigheden moet het door verzoekster gedane verzoek om getuigen te horen worden afgewezen.

206 Uit een en ander volgt dat het onderhavige middel moet worden afgewezen.

g) Zevende middel, inzake schending van het transparantiebeginsel en het recht op toegang tot de documenten van de instellingen

207 Het onderhavige middel valt uiteen in twee onderdelen, ontleend aan, in de eerste plaats, schending van het recht op toegang tot de documenten van de instellingen en, in de tweede plaats, een belangenconflict bij een van de leden van het evaluatiecomité.

Eerste onderdeel, inzake schending van het recht op toegang tot de documenten van de instellingen

— Argumenten van partijen

208 Verzoekster meent dat de Commissie, door te weigeren haar de precieze samenstelling van het evaluatiecomité mede te delen, het recht van de burgers op toegang tot de handelingen van de instellingen heeft uitgehold. Zij voegt toe dat deze weigering niet kan worden gerechtvaardigd op grond van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van personen.

209 Zich beroepend op artikel 4 van verordening nr. 1049/2001, meent de Commissie dat de gevraagde inlichtingen niet aan de openbaarheid prijs kunnen worden gegeven. Zij beweert dat de mededeling van de samenstelling van het evaluatiecomité afbreuk zou doen aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van het individu.

— Beoordeling door het Gerecht

210 Zoals aangegeven in de punten 72 tot en met 75 hierboven, moet de brief van de Commissie van 14 december 2005 waartegen het onderhavige middel zich richt, ofschoon hij een antwoord op een initieel verzoek vormt, worden beschouwd als een handeling waartegen beroep tot nietigverklaring open staat, gelet op het vormgebrek als gevolg van het achterwege laten van inlichtingen over het recht een confirmatief verzoek te doen.

211 Bepaald moet dus worden of de Commissie haar antwoord mocht baseren op de uitzondering in artikel 4, lid 1, sub b, van verordening nr. 1049/2001, betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van het individu.

212 Volgens vaste rechtspraak moeten de uitzonderingen op het recht op toegang tot de documenten van de instellingen eng worden uitgelegd (arrest Hof van 11 januari 2000, Nederland en van der Wal/Commissie, C-174/98 P en C-189/98 P, Jurispr. blz. I-1, punt 27; arresten Gerecht van 7 februari 2002, Kuijer/Raad, T-211/00, Jurispr. blz. II-485, punt 55, en Franchet en Byk/Commissie, punt 70 supra, punt 84).

213 De behandeling van een verzoek om toegang tot documenten vereist volgens vaste rechtspraak een concreet onderzoek. De omstandigheid dat een document een door een uitzondering beschermd belang betreft, is op zich immers niet voldoende om deze uitzonderingsgrond toe te passen (arrest Gerecht van 13 april 2005, Verein für Konsumenteninformation/Commissie, T-2/03, Jurispr. blz. II-1121, punt 69; zie in die zin ook arrest Gerecht van 26 april 2005, Sison/Raad, T-110/03, T-150/03 en T-405/03, Jurispr. blz. II-1429, punt 75). Toepassing van deze uitzonderingsgrond is in beginsel slechts gerechtvaardigd indien de instelling vooraf heeft beoordeeld of toegang tot het document concreet en daadwerkelijk afbreuk kan doen aan het beschermde belang. Bovendien moet het gevaar van afbreuk aan een beschermd belang redelijkerwijs voorzienbaar zijn en mag het niet louter hypothetisch zijn (zie in die zin arrest Hof van 1 juli 2008, Zweden en Turco/Raad, C-39/05 P en C-52/05 P, Jurispr. blz. I-4723, punt 43).

214 Om te bepalen of de uitzondering voorzien in artikel 4, lid 1, sub b, van verordening nr. 1049/2001 van toepassing is, moet dus worden onderzocht of verzoeksters toegang tot de samenstelling (naam, rang, anciënniteit en tewerkstelling van de leden) van het evaluatiecomité concreet en daadwerkelijk afbreuk kan doen aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van de leden van dit comité.

215 Vastgesteld moet worden dat de leden van het evaluatiecomité zijn benoemd als vertegenwoordigers van de betrokken diensten en niet op persoonlijke titel. In die omstandigheden wordt door openbaarmaking van de samenstelling van het evaluatiecomité de persoonlijke levenssfeer van de betrokken personen niet op het spel gezet.

216 Hoe dan ook kan de openbaarmaking van die samenstelling niet concreet en daadwerkelijk afbreuk doen aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van de betrokken personen. Dat de betrokken personen in het kader van de entiteit die zij vertegenwoordigden, lid waren van bedoeld comité, volstaat op zich niet voor een dergelijke afbreuk, terwijl ook de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van de betrokken personen niet wordt geschaad.

217 Er is dus niet aangetoond dat de mededeling van de samenstelling van het evaluatiecomité schade zou hebben toegebracht aan de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van de betrokken personen in de zin van artikel 4 van verordening nr. 1049/2001.

218 Bijgevolg moet de beschikking van de Commissie van 14 december 2005, waarbij zij heeft geweigerd verzoekster de samenstelling van het evaluatiecomité mede te delen, nietig worden verklaard.

Tweede onderdeel, inzake een belangenconflict bij een van de leden van het evaluatiecomité

— Argumenten van partijen

219 Verzoekster beweert dat een lid van het evaluatiecomité een verwante is van een werknemer van Group 4 Falck en dat er bij dit lid van het evaluatiecomité dus een belangenconflict bestaat.

220 De Commissie preciseert dat het evaluatiecomité werd samengesteld overeenkomstig de voorschriften van artikel 146 van de uitvoeringsvoorschriften en dat zijn leden een verklaring hebben ondertekend dat zij geen belangenconflict hadden en, in antwoord op een hun gestelde vraag naar aanleiding van de bewering van verzoekster, hebben bevestigd geenszins verwant te zijn met een persoon die binnen Group 4 Falck een beroepsactiviteit uitoefent.

221 Zij voegt toe dat verzoekster niet het bewijs heeft aangedragen dat een lid van het evaluatiecomité zijn functie niet onpartijdig heeft vervuld als gevolg van economische belangen of elk andere belang dat hij met de begunstigde deelt.

— Beoordeling door het Gerecht

222 Verzoekster stelt dat „de weigerachtige houding van de Commissie [haar] nog meer sterkt in haar twijfels […] over de gelijke behandeling van haar offerte en een onderzoek daarvan conform de criteria van het bestek, in overeenstemming met de vereisten daarvan" en dat „[d]eze twijfels […] recent [zijn] versterkt door de toevallige kennisneming van een verontrustende inlichting, aangezien een van de leden van die

comités verwant is met een persoon die een beroepsactiviteit uitoefende binnen de onderneming die succesvol de opdracht had binnengehaald".

223 Verzoekster, die haar toevlucht neemt tot feitelijke beweringen die zuiver als twijfels zijn geformuleerd, voert niet het begin van bewijs aan op grond waarvan zou kunnen worden getwijfeld over de onpartijdigheid van de leden van het evaluatiecomité. Deze grief moet dus worden verworpen.

224 Aangaande het verzoek om maatregelen tot organisatie van de procesgang op het punt van de mededeling van de samenstelling van het evaluatiecomité, moet worden opgemerkt dat zelfs als de gevraagde maatregel wordt bevolen, die samenstelling enkel aan het Gerecht en niet aan verzoekster kan worden medegedeeld, zulks krachtens artikel 67, lid 3, derde alinea, van het Reglement voor de procesvoering, dat luidt dat „[i]ndien een stuk waarvan de kennisneming door een communautaire instelling is geweigerd, aan het Gerecht is overgelegd in het kader van een beroep betreffende de wettigheid van die weigering, […] dat stuk niet aan de andere partijen [wordt] medegedeeld". De gevraagde maategel kan verzoekster dus niet in staat stellen het bewijs te leveren dat haar bewering ten aanzien van het bestaan van een belangenconflict bij een van de leden van het evaluatiecomité gegrond is. Evenmin kan hij het Gerecht informeren, nu dit, gelet op de vaagheid van deze bewering, niet in staat is het bestaan van het beweerde belangenconflict op basis van de ledenlijst van het evaluatiecomité te verifiëren.

225 In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat verzoekster niet heeft aangetoond in welke zin de gevraagde maatregel zou bijdragen aan het voldingen van de zaak, het procesverloop en de afdoening van het geschil, zoals artikel 64, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering vereist. Het door verzoekster gedane verzoek om een maatregel tot organisatie van de procesgang moet dus worden afgewezen.

226 Uit een en ander volgt dat de brief van de Commissie van 14 december 2005 nietig moet worden verklaard voor zover daarin is geweigerd de samenstelling van het

evaluatiecomité voor de aanbesteding mede te delen en dat de conclusies strekkende tot nietigverklaring van het gunningsbesluit moeten worden verworpen.

227 De vordering tot nietigverklaring van het afwijzingsbesluit dient noodzakelijkerwijs te worden afgewezen, aangezien de vordering tot nietigverklaring van de daaraan voorafgaande beslissing tot gunning van de opdracht, waarmee zij nauw samenhangt, is afgewezen (zie in die zin arresten Gerecht van 18 april 2007, Deloitte Business Advisory/Commissie, T-195/05, Jurispr. blz. II-871, punt 113, en 12 november 2008, Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-406/06, punt 120).

228 Hieruit volgt dat het beroep tot nietigverklaring moet worden verworpen, behoudens wat betreft het verzoek tot nietigverklaring van de brief van de Commissie van 14 december 2005 voor zover daarin is geweigerd de samenstelling van het evaluatiecomité voor de aanbesteding mede te delen.

D — *Het beroep tot schadevergoeding*

1. *Ontvankelijkheid*

a) Argumenten van partijen

229 De Commissie meent dat het beroep wegens aansprakelijkheid van verzoekster niet-ontvankelijk is aangezien het beroep tot nietigverklaring ongegrond is. Volgens haar veronderstelt een schadevordering gebaseerd op de onrechtmatigheid van de gunning van een overheidsopdracht noodzakelijkerwijs dat de onrechtmatigheid van de gunningsbeslissing is vastgesteld.

230 Verzoekster stelt dat het beroep wegens aansprakelijkheid los van de gegrondheid van het beroep tot nietigverklaring ontvankelijk is. Volgens haar kunnen immers grieven als het opschuiven van het tijdpad of de weigering tot sommige documenten toegang te verlenen, op zichzelf leiden tot aansprakelijkheid van de Commissie.

b) Beoordeling door het Gerecht

231 Volgens vaste rechtspraak is het beroep tot schadevergoeding krachtens artikel 288, tweede alinea, EG een autonoom rechtsmiddel met een eigen functie in het stelsel van de beroepsmogelijkheden, waarvan de aanwending afhangt van voorwaarden die aan het bijzondere doel ervan beantwoorden (arresten Hof van 2 december 1971, Zuckerfabrik Schöppenstedt/Raad, 5/71, Jurispr. blz. 975, punt 3; 26 februari 1986, Krohn/Commissie, 175/84, Jurispr. blz. 753, punt 26, en 17 mei 1990, Sonito e.a./Commissie, C-87/89, Jurispr. blz. I-1981, punt 14). Het verschilt van het beroep tot nietigverklaring, doordat het niet is gericht op intrekking van een bepaalde maatregel, maar op vergoeding van de door een instelling veroorzaakte schade (arresten Zuckerfabrik Schöppenstedt/Raad, reeds aangehaald, punt 3; Krohn/Commissie, reeds aangehaald, punt 32, en Sonito e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 14). Het beginsel van de autonomie van het beroep tot schadevergoeding vindt dan ook zijn rechtvaardiging in de omstandigheid dat een dergelijk beroep zich door zijn voorwerp van het beroep tot nietigverklaring onderscheidt (arresten Gerecht van 24 oktober 2000, Fresh Marine/Commissie, T-178/98, Jurispr. blz. II-3331, punt 45, en 21 juni 2006, Danzer/Raad, T-47/02, Jurispr. blz. II-1779, punt 27).

232 Het beroep staat open voor elke natuurlijke of rechtspersoon die meent schade als gevolg van de Gemeenschap te hebben geleden. De actie verjaart vijf jaar na het intreden van de schade.

233 Gelet op een en ander leidt de afwijzing van het verzoek tot nietigverklaring van het gunnings- en het afwijzingsbesluit op zich niet tot de niet-ontvankelijkheid van het beroep tot schadevergoeding (zie in die zin en naar analogie beschikking Hof van 21 juni 1993, Van Parijs e.a./Raad en Commissie, C-257/93, Jurispr. blz. I-3335, punt 14;

arrest Gerecht van 15 december 1994, Unifruit Hellas/Commissie, T-489/93, Jurispr. blz. II-1201, punt 31). Het beroep tot schadevergoeding moet dus ontvankelijk worden verklaard.

2. *Ten gronde*

a) Argumenten van partijen

234 Volgens verzoekster volgt het onrechtmatige gedrag van de Commissie dat tot haar buitencontractuele aansprakelijkheid leidt uit de onvermijdelijke nietigverklaring van de beschikkingen van de Commissie waartegen het beroep tot nietigverklaring zich richt. Zij stelt dat de Commissie met voorbijgaan aan de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid, een ernstige en kennelijke fout heeft gemaakt en bepaalde regels van gemeenschapsrecht en de regels die zij zichzelf tijdens de voorbereiding van het bestek had opgelegd, heeft genegeerd.

235 Verzoekster geeft te kennen dat de geleden schade bestaat uit substantiële commerciële schade als gevolg van het verlies van een belangrijke opdracht, onverminderd overige schade, zoals de verplichting om tot een verstrekkend en duur collectief ontslag van haar werknemers over te gaan. Het oorzakelijke verband ligt volgens haar voor de hand.

236 In haar verzoekschrift heeft verzoekster de schade voorlopig begroot op één miljoen EUR. In haar conclusie van repliek heeft zij dit bedrag verhoogd tot 3 191 702,58 EUR. Dit bedrag omvat de nettomarge op deze tak van activiteit gespreid over vijf jaar, zijnde 3 084 702,58 EUR, en een deel van de opleidingskosten voor de 106 agenten die bij haar zijn gebleven, om voor hun omvorming te zorgen, zijnde 107 000 EUR, ten aanzien waarvan verzoekster zich het recht voorbehoudt dit bedrag aan de hand van de werkelijk gemaakte kosten aan te passen. Zij preciseert dat zij niet als schade opvoert de gemiste kans om de opdracht binnen te halen, maar werkelijk geleden schade. Zij stelt immers dat zij zonder het onrechtmatige gedrag van de Commissie, de opdracht zou hebben binnengehaald. Het oorzakelijke verband staat dus vast.

237 Aangaande het onrechtmatige gedrag betoogt de Commissie dat uit de ongegrondheid van het verzoek tot nietigverklaring volgt dat zij geen enkele regel van gemeenschapsrecht heeft geschonden. Zelfs gesteld dat de Commissie zich onrechtmatig heeft gedragen, heeft verzoekster bovendien niet aangetoond dat sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van de ingeroepen bepalingen.

238 Aangaande de schade herinnert de Commissie eraan dat de bewijslast op verzoekster rust. Zij benadrukt dat het Hof weigert schade als gevolg van een verloren kans te vergoeden. Daarnaast, en zoals bovendien ook uit de bewoordingen van het verzoekschrift zelf volgt, staat de schade als gevolg van de verplichting het personeel te ontslaan geenszins vast.

239 De Commissie geeft te kennen dat verzoekster geen oorzakelijk verband aantoont en zich ertoe beperkt te stellen dat dit verband „voor de hand ligt". Zij betoogt dat het beroep tot nietigverklaring en het beroep wegens buitencontractuele aansprakelijkheid twee afzonderlijke beroepen zijn en dat verzoekster niet de grondslag preciseert waarop zij de Commissie aansprakelijk wil houden, althans deze lijkt samen te vallen met haar verzoek tot nietigverklaring.

b) Beoordeling door het Gerecht

240 Er moet aan worden herinnerd dat volgens vaste rechtspraak voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap in de zin van artikel 288, tweede alinea, EG, wegens een onrechtmatige gedraging van haar organen, aan een aantal voorwaarden moet zijn voldaan: onrechtmatigheid van de aan de instellingen verweten gedraging, het bestaan van schade en een oorzakelijk verband tussen die gedraging en de gestelde schade (zie arrest Gerecht van 14 december 2005, FIAMM en FIAMM Technologies/Raad en Commissie, T-69/00, Jurispr. blz. II-5393, punt 85, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

241 Aangezien deze drie voorwaarden voor aansprakelijkstelling cumulatief zijn, volstaat het voor afwijzing van een schadevordering dat aan een van die voorwaarden niet is voldaan, zonder dat dus de overige voorwaarden behoeven te worden onderzocht (zie arrest Gerecht van 13 september 2006, CAS Succhi di Frutta/Commissie, T-226/01, Jurispr. blz. II-2763, punt 27, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

242 Aangaande de onrechtmatige gedraging vereist de rechtspraak het bestaan van een voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel die ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen (arrest Hof van 4 juli 2000, Bergaderm en Goupil/Commissie, C-352/98 P, Jurispr. blz. I-5291, punt 42). Met betrekking tot deze voorwaarde is voor de vaststelling dat een schending van het gemeenschapsrecht voldoende gekwalificeerd is, beslissend dat een gemeenschapsinstelling de grenzen waarbinnen haar beoordelingsvrijheid dient te blijven, kennelijk en ernstig heeft overschreden. Wanneer deze instelling slechts een zeer beperkte of in het geheel geen beoordelingsmarge heeft, kan de enkele inbreuk op het gemeenschapsrecht volstaan om een voldoende gekwalificeerde schending te doen vaststaan (arrest Hof van 10 december 2002, Commissie/Camar en Tico, C-312/00 P, Jurispr. blz. I-11355, punt 54; arrest Gerecht van 12 juli 2001, Comafrica en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, T-198/95, T-171/96, T-230/97, T-174/98 en T-225/99, Jurispr. blz. II-1975, punt 134).

243 In de onderhavige zaak zijn alle door verzoekster ingeroepen argumenten om de onrechtmatigheid van het gunnings- en het afwijzingsbesluit aan te tonen, onderzocht en verworpen (zie de punten 84 tot en met 228 hierboven). De Commissie kan dus niet op grond van de beweerde onrechtmatigheid van deze besluiten aansprakelijk worden gehouden.

244 Aangaande de onrechtmatigheid van de beschikking van de Commissie van 14 december 2005 tot afwijzing van het verzoek om mededeling van de samenstelling van het evaluatiecomité, moet worden vastgesteld dat verzoekster geen rechtstreeks oorzakelijk verband heeft aangetoond tussen de bestreden weigering om mededeling te doen en de ingeroepen schade, die samenhangt met het verlies van de litigieuze opdracht.

245 Hieruit volgt dat het verzoek om schadevergoeding moet worden afgewezen.

Kosten

246 Volgens artikel 87, lid 3, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering kan het Gerecht de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld.

247 In de omstandigheden van de onderhavige zaak acht het Gerecht het billijk, verzoekster, gelet op het feit dat zij ten aanzien van het merendeel van haar verzoeken in het ongelijk is gesteld, naast haar eigen kosten, de helft van de kosten van de Commissie en van Group 4 Falck te doen dragen, daaronder begrepen die van de kortgedingprocedure.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Zesde kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) De beschikking van de Commissie van 14 december 2005 houdende afwijzing van een verzoek om mededeling van de samenstelling van het evaluatiecomité voor aanbesteding 16/2005/OIL, wordt nietig verklaard.

2) Het beroep tot nietigverklaring wordt verworpen voor het overige.

3) Het beroep tot schadevergoeding wordt verworpen.

4) **Brink's Security Luxembourg SA zal naast haar eigen kosten de helft van de kosten van de Commissie van de Europese Gemeenschappen en van G4S Security Services SA dragen, daaronder begrepen die van de kortgeding-procedure.**

5) **De Commissie zal de helft van haar eigen kosten dragen.**

6) **G4S Security Services zal de helft van haar eigen kosten dragen.**

Meij Vadapalas Truchot

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 9 september 2009.

ondertekeningen

Inhoud

Toepasselijke bepalingen . . . . . II - 3239

A — Regelgeving die op openbare aanbestedingen van de Europese Gemeenschappen van toepassing is . . . . . II - 3239

B — Regelgeving over het recht op toegang tot documenten van de instellingen . . . . . II - 3241

C — Regelgeving die van toepassing is op het behoud van rechten van werknemers in geval van overgang van ondernemingen . . . . . II - 3245

Voorgeschiedenis van het geding . . . . . II - 3247

Procesverloop en conclusies van partijen . . . . . II - 3249

In rechte . . . . . II - 3253

A — Maatregelen tot organisatie van de procesgang . . . . . II - 3253

B — Ontvankelijkheid van de grief ontleend aan het uitstel van de bekendmaking van het aanbestedingsbericht ten opzichte van de datum genoemd in de enuntiatieve aankondiging . . . . . II - 3255

1. Argumenten van partijen . . . . . II - 3255

2. Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 3256

C — Het beroep tot nietigverklaring . . . . . II - 3257

1. Ontvankelijkheid . . . . . II - 3257

a) Bestaan van een stilzwijgende weigeringsbeschikking van de Commissie . . . II - 3257

b) Bestaan van handelingen met bindende rechtsgevolgen . . . . . II - 3258

2. Ten gronde . . . . . II - 3263

a) Tweede middel, inzake schending van de bepalingen van de wet van 19 december 2003, tot omzetting van richtlijn 2001/23 . . . . . II - 3264

Eerste onderdeel, inzake de onregelmatigheid van de offerte van Group 4 Falck II - 3265

— Argumenten van partijen . . . . . II - 3265

— Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 3266

Tweede onderdeel, inzake de onrechtmatigheid van het bestek van de Commissie . . . . . II - 3269

— Argumenten van partijen . . . . . II - 3269

— Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 3269

b) Eerste middel, inzake schending van het gelijkheidsbeginsel, toegepast op overheidsopdrachten . . . . . II - 3270

Argumenten van partijen . . . . . II - 3270

Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 3271

c) Derde middel, inzake schending van het gelijkheidsbeginsel zoals toegepast op openbare aanbestedingen, als gevolg van het feit dat Group 4 Falck op het moment van indiening van haar offerte over geprivilegieerde inlichtingen beschikte . . . . . II - 3274

Argumenten van partijen . . . . . II - 3274

Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 3276

d) Vierde middel, inzake schending van de beschikking van de Commissie van 28 mei 2004 . . . . . II - 3278

Argumenten van partijen . . . . . II - 3278

Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 3279

e) Vijfde middel, inzake schending van de motiveringsplicht, het transparantiebeginsel en het recht op toegang tot de documenten van de instellingen . . . II - 3281

Argumenten van partijen . . . . . II - 3281

Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 3282

f) Zesde middel, inzake schending van de regels van de overheidsopdracht, van het bestek op het punt van de kwalitatieve evaluatiecriteria over de opleiding tot EHBO'er en/of vrijwillige brandweerman en een kennelijke beoordelingsfout . . . . . II - 3289

Argumenten van partijen . . . . . II - 3289

Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 3292

— Ontvankelijkheid van het nieuwe bewijsaanbod van verzoekster en interveniënte . . . . . II - 3292

— Ten gronde . . . . . II - 3293

g) Zevende middel, inzake schending van het transparantiebeginsel en het recht op toegang tot de documenten van de instellingen . . . . . II - 3298

Eerste onderdeel, inzake schending van het recht op toegang tot de documenten van de instellingen . . . . . II - 3298

— Argumenten van partijen . . . . . II - 3298

— Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 3299

Tweede onderdeel, inzake een belangenconflict bij een van de leden van het evaluatiecomité . . . . . II - 3301

— Argumenten van partijen . . . . . II - 3301

— Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 3301

D — Het beroep tot schadevergoeding . . . . . II - 3303

1. Ontvankelijkheid . . . . . II - 3303

a) Argumenten van partijen . . . . . II - 3303

b) Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 3304

2. Ten gronde . . . . . II - 3305

a) Argumenten van partijen . . . . . II - 3305

b) Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 3306

Kosten . . . . . II - 3308