BESCHIKKING VAN DE PRESIDENT VAN HET GERECHT

2 juni 2005 *

In zaak T-125/05 R,

Umwelt- und Ingenieurtechnik GmbH Dresden, gevestigd te Dresden (Duitsland), vertegenwoordigd door H. Robl, advocaat,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door M. Wilderspin en S. Fries als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

* Procestaal: Duits.

betreffende primair een verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van de besluiten van de Commissie om perceel nr. 2 van opdracht EuropeAid/119151/D/S/UA „Project voor verbetering van de kerncentrale van Zuid-Oekraïne" niet aan verzoekster te gunnen en de opdracht aan een andere onderneming te gunnen, subsidiair, een verzoek om andere voorlopige maatregelen,

geeft

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG

de navolgende

Beschikking

Feiten

1 Verordening (EG, Euratom) nr. 99/2000 van de Raad van 29 december 1999 betreffende bijstand aan de partnerstaten in Oost-Europa en Centraal-Azië (PB 2000, L 12, blz. 1) voorziet met name in de financiering van programma's voor de nucleaire veiligheid in deze landen.

2 In het kader van verordening nr. 99/2000 werd voor 2001 een actieprogramma op het gebied van de nucleaire veiligheid vastgesteld. In deze context is een openbare aanbesteding „Project ter verbetering van de kerncentrale van Zuid-Oekraïne" uitgeschreven. Perceel nr. 2 ervan betrof de levering van een expertsysteem voor het verzamelen en verwerken van gegevens inzake het toezicht op de waterkwaliteit in een kerncentrale in Zuid-Oekraïne.

3 Naar aanleiding van deze aanbesteding, die op 19 juni 2004 in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* (PB S 119) werd gepubliceerd, zijn binnen de gestelde termijn drie offertes ingediend, waaronder die van verzoekster.

4 Op 4 oktober 2004 zijn de ingediende offertes in aanwezigheid van de inschrijvers geopend.

5 Het met de technische beoordeling van de offertes belaste comité (hierna: „beoordelingscomité") heeft de verschillende ingediende offertes onderzocht en geverifieerd of zij voldeden aan de administratieve en technische voorwaarden.

6 Het beoordelingscomité heeft verzoekster bij brieven van 6, 8 en 12 oktober 2004 verzocht om verschillende punten van haar offerte te preciseren; verzoekster antwoordde bij brieven van 7, 12 en 14 oktober 2004.

7 Daar verzoeksters uitleg over twee technische aspecten („Clarification nr. 9" en „Clarification nr. 13") onvoldoende werd geacht, werd haar offerte niet in aanmerking genomen. De door verzoekster voorgestelde prijzen zijn dus niet vergeleken met die van de andere inschrijvers.

8 De opdracht werd gegund aan de vennootschap All Trade, die de voordeligste offerte had ingediend.

9 All Trade werd over de gunning geïnformeerd en de nodige stappen werden genomen voor de ondertekening van de overeenkomst. De overeenkomst werd rechtstreeks gesloten tussen Energoatom, de begunstigde van het project, en de opdrachtnemer. De ondertekening vond plaats op 20 december 2004.

10 Bij brief van 23 december 2004, die verzoekster ontving op 10 januari 2005, heeft de Commissie verzoekster meegedeeld dat de opdracht haar niet was gegund daar haar offerte niet voldeed aan de technische voorwaarden (hierna: „eerste besluit"). In deze brief werd verzoekster bovendien meegedeeld dat de opdracht aan All Trade was gegund (hierna: „tweede besluit").

11 Bij brief van 14 januari 2005 aan de Commissie heeft verzoekster de motivering van deze twee besluiten betwist.

12 Bij brief van 31 januari 2005 heeft de Commissie verzoeksters grieven beantwoord.

Procesverloop en conclusies van partijen

13 Bij op 18 maart 2005 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft verzoekster krachtens artikel 230, vierde alinea, EG beroep tot nietigverklaring van het eerste en het tweede besluit (hierna samen: „litigieuze besluiten") ingesteld.

14 Bij op 21 maart 2005 daaraanvolgend ter griffie van het Gerecht neergelegde afzonderlijke akte heeft verzoekster krachtens artikel 104 van het Reglement van de procesvoering van het Gerecht en de artikelen 242 EG en 243 EG het onderhavige verzoek in kort geding ingediend. Zij vordert:

— primair, de tenuitvoerlegging van de litigieuze besluiten op te schorten tot de uitspraak van het Gerecht in de hoofdzaak;

— subsidiair, de nodige voorlopige maatregelen te gelasten om te voorkomen dat de tenuitvoerlegging van de bestreden besluiten een voldongen feit ten nadele van verzoekster wordt, in het bijzonder verweerster te verbieden:

— de litigieuze opdracht aan All Trade te gunnen;

— de in punt 21 van het aanbestedingsdossier bedoelde overeenkomst op te stellen en ter ondertekening aan All Trade voor te leggen, of elke andere maatregel te nemen die de gunning en/of afwikkeling van de opdracht bevordert.

15 In haar op 11 april 2005 ter griffie van het Gerecht neergelegde schriftelijke opmerkingen concludeert de Commissie tot afwijzing van het verzoek.

In rechte

16 Krachtens de artikelen 242 EG en 243 EG juncto artikel 225, lid 1, EG kan het Gerecht opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden handeling of de nodige voorlopige maatregelen gelasten, indien het van oordeel is dat de omstandigheden zulks vereisen.

17 Volgens artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moeten verzoeken om voorlopige maatregelen een duidelijke omschrijving bevatten van het voorwerp van het geschil en van de omstandigheden waaruit het spoedeisend karakter van het verzoek blijkt, alsmede van de middelen, feitelijk en rechtens, op grond waarvan de voorlopige maatregelen waartoe wordt geconcludeerd, aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomen (fumus boni juris). Deze voorwaarden zijn cumulatief, zodat het verzoek om voorlopige maatregelen moet worden afgewezen wanneer aan één ervan niet wordt voldaan [beschikking president Hof van 14 oktober 1996, SCK en FNK/Commissie, C-268/96 P(R), Jurispr. blz. I-4971, punt 30].

18 Gezien de stukken in het dossier meent de kortgedingrechter over alle noodzakelijke gegevens te beschikken om op het onderhavige verzoek om voorlopige maatregelen te beslissen zonder partijen vooraf in hun mondelinge verklaringen te horen.

Argumenten van partijen

Fumus boni juris

19 Wat het eerste besluit betreft, stelt verzoekster dat de Commissie het non-discriminatiebeginsel heeft geschonden, dat een fundamenteel beginsel op het gebied van overheidsopdrachten is en is uitgewerkt in artikel 89, lid 1, van het financieel reglement.

20 In de eerste plaats beantwoordt de offerte, anders dan gesteld in de brieven van de Commissie van 23 december 2004 en 31 januari 2005, aan de technische specificaties van de aanbesteding, namelijk die van afdeling 2. 2. 6 en die van de afdelingen 2. 3. 1 en 2. 3. 4 van de technische specificaties. Bovendien was de achteraf aan de Commissie verstrekte nadere uitleg en informatie, anders dan zij stelt, niet onvoldoende.

21 Verzoekster voegt eraan toe dat het in de brieven van 23 december 2004 en 31 januari 2005 gemaakte technische voorbehoud niets te maken heeft met de vorige inlichtingenverzoeken van de Commissie.

22 Wat het tweede besluit betreft, stelt verzoekster dat het het gestelde door de Commissie betreffende de financiële beoordeling kennelijk onjuist is.

23 Volgens de bekendmaking van de gunning van de leveringsovereenkomst bedraagt de waarde van de overeenkomst met All Trade 3 423 658 EUR, overeenkomend met de prijs van de offerte met alle extra's en diensten. Verzoekster acht de verklaringen over de prijs van de offertes in de brief van de Commissie van 31 januari 2005 dan ook onjuist.

24 Volgens verzoekster is de verwijzing van de Commissie naar punt 1.3 van de aanwijzingen voor de inschrijvers onjuist. In wezen komt volgens punt 1.3 bij de beoordeling van de offertes alleen de basisprijs van de offerte en niet de prijs per eenheid of de totaalprijs van de reserveonderdelen in aanmerking, behalve wanneer deze laatste twee prijzen per offerte merkbaar verschillen. Volgens verzoekster was dat hier juist het geval.

25 Volgens verzoekster heeft All Trade vermoedelijk een groter aantal reserveonderdelen voorgesteld, waardoor de totaalprijs van de offerte met meer dan 300 000 EUR moest worden verhoogd. Volgens verzoekster heeft de Commissie niet voldaan aan de verplichting van punt 1.3 van de aanwijzingen voor de inschrijvers om met deze omstandigheid rekening te houden.

26 Bovendien, aldus verzoekster, beschikt All Trade niet over de nodige bekwaamheid en de vereiste referenties. All Trade heeft kennelijk een product met een hoge defectkans voorgesteld. De gunning van perceel nr. 2 aan All Trade doet dus vanuit technisch, commercieel, personeel en financieel oogpunt ernstige twijfel rijzen wat de garantie betreft, dat de prestatie waarop de opdracht betrekking heeft, vakkundig en binnen de vereiste termijn kan worden uitgevoerd.

27 In de eerste plaats, aldus verzoekster, staat het maatschappelijk kapitaal van All Trade in geen verhouding tot de waarde van de opdracht, in de tweede plaats wil All Trade de opdracht kennelijk alleen met drie medewerkers uitvoeren, en in de derde

plaats betreffen de referenties van All Trade alleen een project in Armenië ter waarde van minder dan 1 miljoen EUR, dat twee jaar geleden is uitgevoerd.

28 De Commissie repliceert dat verzoeksters beroep tot nietigverklaring in de hoofdzaak kennelijk ongegrond is.

29 Zij herinnert eraan dat zij volgens vaste rechtspraak over een grote beoordelingsmarge beschikt ten aanzien van de in aanmerking te nemen factoren bij de beslissing over de gunning van een uitgeschreven opdracht. De toetsing door de gemeenschapsrechter dient derhalve beperkt te blijven tot de vraag 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 (arrest Gerecht van 27 september 2002, Tideland Signal/Commissie, T-211/02, Jurispr. blz. II-3781, punt 33).

30 In casu zijn bij de aanbestedingsprocedure de toepasselijke bepalingen in acht genomen. Bovendien is het besluit verzoeksters offerte te verwerpen, gemotiveerd. In dit opzicht zijn technische redenen aangevoerd. Bij de beoordeling ervan baseerde de Commissie zich op het advies van deskundigen, in casu het beoordelingscomité. Derhalve, aldus de Commissie, is geen kennelijke beoordelingsfout of misbruik van bevoegdheid aangetoond, en er is ook niets dat daarop wijst.

De spoedeisendheid en de belangenafweging

31 Verzoekster stelt dat de litigieuze besluiten bij afwijzing van het verzoek in kort geding van kracht worden. Dit „voldongen feit" zal verzoeksters rechtspositie definitief aantasten en haar rechten onherstelbaar schaden.

32 Volgens de Commissie heeft verzoekster niet aangetoond dat zij zware en onherstelbare schade zal lijden indien zij de uitkomst van de procedure in de hoofdzaak moet afwachten.

33 Voorts kan financiële schade, aldus de Commissie, volgens vaste rechtspraak slechts in uitzonderlijke omstandigheden als onherstelbaar of zelfs maar moeilijk herstelbaar worden beschouwd, aangezien er later steeds een geldelijke vergoeding kan worden geboden (beschikkingen president Gerecht van 20 juli 2000, Esedra/Commissie, T-169/00 R, Jurispr. blz. II-2951, punt 45 ; 3 december 2002, Neue Erba Lautex/Commissie, T-181/02 R, Jurispr. blz. II-5081, punt 84, en 27 juli 2004, TQ3 Travel Solutions Belgium/Commissie, T-148/04 R, Jurispr. blz. II-3027, punt 46).

34 Verzoeksters belangen kunnen hoe dan ook niet prevaleren boven die van de inschrijver waarmee de overeenkomst is ondertekend, en op het belang de veiligheid van de kerninstallaties te verzekeren.

Beoordeling door de kortgedingrechter

35 Met haar verzoek wenst verzoekster in wezen dat de kortgedingrechter verweerster verbiedt, de litigieuze opdracht aan All Trade te gunnen en de in punt 21 van het aanbestedingsdossier bedoelde overeenkomst op te stellen en All Trade ter ondertekening voor te leggen. Bovendien verzoekt zij om opschorting van de tenuitvoerlegging van het besluit perceel nr. 2 van de litigieuze opdracht niet aan haar te gunnen, alsmede van de eventueel met All Trade ondertekende overeenkomst.

36 De Commissie heeft er evenwel op gewezen — zonder tegenspraak van verzoekster en overeenkomstig de stukken in het dossier — dat de overeenkomst tussen All Trade en Energoatom op 23 december 2004 is gesloten. Derhalve was het verzoek in kort geding, voorzover ertoe strekkend de gunning van de opdracht aan All Trade en de ondertekening van de overeenkomst te voorkomen, vanaf de indiening ervan zonder voorwerp. Dit verzoek is dus niet-ontvankelijk.

37 Wat betreft het verzoek tot opschorting van de tenuitvoerlegging van het besluit de opdracht niet aan verzoekster te gunnen, alsmede van de met All Trade gesloten overeenkomst, is de kortgedingrechter van oordeel dat dient te worden nagegaan of is voldaan aan de voorwaarde van spoedeisendheid, zonder dat hoeft te worden beslist of het verzoekschrift in kort geding voldoet aan artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, zoals uitgelegd door de gemeenschapsrechter (beschikkingen president Gerecht van 7 mei 2002, Aden e.a./Raad en Commissie, T-306/01 R, Jurispr. blz. II-2387, punt 52, en 10 november 2004, European Dynamics/Commissie, T-303/04 R, Jurispr. blz. II-3889, punten 63 en 64).

38 Volgens vaste rechtspraak wordt de spoedeisendheid van een verzoek in kort geding beoordeeld naar de maatstaf, of een voorlopige maatregel noodzakelijk is om ernstige en onherstelbare schade voor de partij die erom verzoekt, te voorkomen (beschikking president Hof van 6 februari 1986, Deufil/Commissie, 310/85 R, Jurispr. blz. 537, punt 15, en beschikking president Gerecht van 30 juni 1999, Pfizer Animal Health/Raad, T-13/99 R, Jurispr. blz. II-1961, punt 134).

39 Op de partij die om de opschorting van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit verzoekt, rust het bewijs, dat zij niet op de uitspraak in de hoofdzaak kan wachten zonder een dergelijke schade te lijden (beschikking president Hof van 8 mei 1991, België/Commissie, C-356/90 R, Jurispr. blz. I-2423, punt 23, en beschikking president Gerecht van 15 november 2001, Duales System Deutschland/Commissie, T-151/01 R, Jurispr. blz. II-3295, punt 187).

40 In casu beperkt verzoekster zich tot de stelling, zonder nadere toelichting ter zake, dat het „beroep geen schorsende werking heeft, zodat is te vrezen dat in het kader van de betrokken aanbestedingsprocedure de gunning aan All Trade [...] effectief wordt", en dat „daardoor een voldongen feit ontstaat en verzoeksters rechtspositie definitief wordt aangetast".

41 Verzoekster verklaart niet waarom zij niet kan wachten op de uitspraak over haar beroep tot nietigverklaring, en voert geen enkel bewijs van een ernstige of onherstelbare schade aan.

42 Voorzover verzoeksters betoog aldus kan worden uitgelegd dat de gestelde schade een financiële schade als gevolg van haar uitsluiting is, volstaat de opmerking dat een dergelijke schade, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, niet als onherstelbaar of zelfs maar moeilijk herstelbaar kan worden beschouwd, aangezien er later steeds een geldelijke vergoeding voor kan worden geboden (beschikkingen Esedra/Commissie, reeds aangehaald, punt 45, Neue Erba Lautex/Commissie, reeds aangehaald, punt 84, en TQ3 Travel Solutions Belgium/Commissie, reeds aangehaald, punt 46).

43 In deze omstandigheden dient te worden vastgesteld dat niet is voldaan aan de voorwaarde van spoedeisendheid, zodat het onderhavige verzoek moet worden afgewezen, zonder dat hoeft te worden nagegaan of is voldaan aan de overige voorwaarden voor het gelasten van voorlopige maatregelen.

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT

beschikt:

1) Het verzoek in kort geding wordt afgewezen.

2) De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.

Luxemburg, 2 juni 2005.

De griffier

H. Jung

De president

B. Vesterdorf