ARREST VAN HET GERECHT (Eerste kamer)

20 maart 2013 *

„Overheidsopdrachten voor leveringen — Euratom — Aanbestedingsprocedure van de gemeenschappelijke onderneming Fusion for Energy — Levering van elektrisch materiaal — Afwijzing van offerte van inschrijver — Openbare procedure — Offerte met voorbehouden — Rechtszekerheid — Gewettigd vertrouwen — Evenredigheid — Belangenconflict — Gunningsbesluit — Beroep tot nietigverklaring — Geen rechtstreekse geraaktheid — Niet-ontvankelijkheid — Niet-contractuele aansprakelijkheid”

In zaak T-415/10,

Nexans France, gevestigd te Parijs (Frankrijk), vertegenwoordigd door J.-P. Tran Thiet, J.-F. Le Corre en M. Pigeat, avocats,

verzoekster,

tegen

Europese gemeenschappelijke onderneming voor ITER en de ontwikkeling van fusie-energie, gevestigd te Barcelona (Spanje), vertegenwoordigd door A. Verpont als gemachtigde, bijgestaan door C. Kennedy-Loest, C.Thomas, solicitors, J. Derenne, N. Pourbaix, avocats, en M. Farley, solicitor,

verweerster,

betreffende enerzijds een vordering tot nietigverklaring van het besluit tot afwijzing van de offerte van verzoekster alsook het besluit tot gunning van de opdracht aan een andere inschrijver, en anderzijds een schadevordering,

wijst HET GERECHT (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: J. Azizi, president, S. Frimodt Nielsen (rapporteur) en M. Kancheva, rechters,

griffier: J. Plingers, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 27 november 2012,

het navolgende

* Procestaal: Frans.

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1. *Presentatie van de gemeenschappelijke onderneming*

1 Op 21 november 2006 hebben de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie (Euratom), de Volksrepubliek China, de Republiek India, Japan, de Republiek Korea, de Russische Federatie en de Verenigde Staten van Amerika de Overeenkomst tot oprichting van de Internationale ITER-Organisatie voor fusie-energie voor de gezamenlijke uitvoering van het ITER-project gesloten (PB L 358, blz. 62).

2 Bij beschikking 2007/198/Euratom van 27 maart 2007 tot oprichting van de Europese gemeenschappelijke onderneming voor ITER en de ontwikkeling van fusie-energie en tot toekenning van gunsten daaraan, (PB L 90, blz. 58) heeft de Raad van de Europese Unie een gemeenschappelijke onderneming in de zin van artikel 45 EA opgericht, „gemeenschappelijke onderneming voor ITER en de ontwikkeling van fusie-energie (Fusion for Energy)" genaamd (hierna: „gemeenschappelijke onderneming").

3 Volgens artikel 1 van beschikking 2007/198 heeft de gemeenschappelijke onderneming de volgende taken: leveren van de bijdrage van Euratom aan de Internationale ITER-Organisatie voor fusie-energie (artikel 1, lid 2, sub a), leveren van de bijdrage van Euratom aan de activiteiten in het kader van de „bredere aanpak" met Japan voor de snelle verwezenlijking van fusie-energie (artikel 1, lid 2, sub b), en opstellen en coördineren van een activiteitenprogramma ter voorbereiding van de bouw van een demonstratiefusiereactor en gerelateerde faciliteiten (artikel 1, lid 2, sub c). Tot de taken van de gemeenschappelijke onderneming behoren derhalve onder meer het op verzoek van de internationale ITER-Organisatie organiseren van aanbestedingsprocedures voor de levering van uitrusting en diensten voor de Europese bijdrage aan het ITER-project en, in het kader van een specifieke overeenkomst tussen Euratom en Japan, de levering van bepaalde onderdelen voor de Japanse experimentele kernfusiereactor JT-60SA (hierna: „project JT-60SA").

4 Artikel 5 van beschikking 2007/198 bepaalt dat de gemeenschappelijke onderneming een eigen financieel reglement heeft, dat gebaseerd is op de beginselen van verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 van de Raad van 25 juni 2002 betreffende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen (PB L 248, blz. 1), maar dat, mits de Commissie van de Europese Gemeenschappen voorafgaand is geraadpleegd, kan afwijken van laatstgenoemd financieel reglement voor zover specifieke operationele behoeften van de gemeenschappelijke onderneming dit vereisen.

5 Bij twee besluiten van 22 oktober 2007, gewijzigd op 18 december 2007, heeft de raad van bestuur van de gemeenschappelijke onderneming enerzijds het financieel reglement vastgesteld (hierna: „financieel reglement van de gemeenschappelijke onderneming") en anderzijds de bepalingen ter uitvoering van dat reglement (hierna: „uitvoeringsverordening").

2. *Aanbesteding*

6 In 2007, 2008 en 2009 heeft de gemeenschappelijke onderneming afnameovereenkomsten gesloten met de internationale ITER-Organisatie. Bij die overeenkomsten heeft de gemeenschappelijke onderneming zich onder meer ertoe verbonden bepaalde supergeleiders te leveren die nodig zijn voor de ontwikkeling van het ITER-project en het project JT-60SA.

7 Tegelijk met deze overeenkomsten heeft de gemeenschappelijke onderneming met het Russische bureau dat in het ITER-project participeert, een overeenkomst inzake de uitvoering van de aankopen gesloten, op grond waarvan het Russische bureau de kabels zou leveren die nodig waren voor de fabricage van supergeleiders voor poloïdale veldspoelen (hierna: „PF-geleiders"), die de bijdrage van de gemeenschappelijke onderneming aan het ITER-project vertegenwoordigden, terwijl de gemeenschappelijke onderneming de bekleding van de PF-geleiders op zich zou nemen, die de Russische bijdrage aan het ITER-project vertegenwoordigden.

8 Op 6 augustus 2009 heeft de gemeenschappelijke onderneming in het Supplement bij het *Publicatieblad van de Europese Unie* (PB 2009/S 149-218279) de aankondiging van opdracht F4E-2009-OPE-018 gepubliceerd voor de gunning, in het kader van een openbare procedure, van een leveringsopdracht (hierna: „opdracht") voor de aankoop van PF-geleiders enerzijds en supergeleiders voor toroïdale veldspoelen (hierna: „TF-geleiders") anderzijds.

9 Het voorwerp van de opdracht betrof ten eerste de bekabeling en de bekleding van de TF-geleiders die door Euratom aan het ITER-project moesten worden geleverd, ten tweede de bekleding van de PF-geleiders die door Euratom en de Russische Federatie aan het ITER-project moesten worden geleverd, en ten derde de bekabeling en de bekleding van de TF-geleiders die voor rekening van Euratom door de Franse Republiek en de Italiaanse Republiek aan het JT-60SA-project moesten worden geleverd.

10 Volgens de aankondiging van opdracht ging het om een openbare procedure waarop het financieel reglement van de gemeenschappelijke onderneming en de uitvoeringsverordening van toepassing waren.

11 De aanbestedingsdocumenten omvatten een bestek en 18 bijlagen, waaronder de „beschrijving van het beheer" (bijlage A; hierna: „beschrijving van het beheer"), de „technische specificaties voor de levering van TF- en PF-geleiders" (bijlage B; hierna: „technische specificaties") en een modelcontract (bijlage 1; hierna: „modelcontract"). Tot de technische specificaties behoorde onder meer een tijdschema.

12 Volgens punt 3.1 van het bestek moesten de verschillende geleiders waarop de opdracht betrekking had worden geleverd in overeenstemming met het tijdschema in afdeling 3 van de technische specificaties. Volgens punt 3.2 van het bestek moesten de leveringen voldoen aan de bepalingen van het modelcontract, de beschrijving van het beheer en de technische specificaties.

13 In punt 4.1 van het bestek met het opschrift „Algemene voorwaarden" stond:

„De indiening van een offerte houdt in dat de inschrijver alle bepalingen van het modelcontract en de bijlagen daarbij aanvaardt, waaronder de [technische specificaties] en de [beschrijving van het beheer], en afstand doet van zijn eigen algemene of bijzondere voorwaarden.

[De gemeenschappelijke onderneming] kan elk eventueel in de offerte opgenomen voorbehoud of exoneratiebeding dienaangaande negeren en behoudt zich het recht voor dergelijke offertes af te wijzen, zonder gedetailleerd te hoeven motiveren waarom zij niet in overeenstemming zijn met het bestek.

Deze afdeling definieert de voorwaarden die van toepassing zijn op de indiening van de offertes, dat wil zeggen de voorwaarden waaraan de inschrijvers moeten voldoen bij de opstelling en indiening van hun offerte, om die te kunnen aanvaarden en een goed begrip en een correcte beoordeling van de verstrekte informatie bij de beoordelaars te bevorderen.

De offertes moeten duidelijk en beknopt zijn. Zij moeten goed leesbaar zijn en elke twijfel over de betekenis van de woorden en de cijfergegevens wegnemen. Omdat de inschrijvers uitsluitend zullen worden beoordeeld op de inhoud van hun schriftelijke offerte, moeten zij duidelijk aangeven dat zij kunnen voldoen aan de eisen van de [technische specificaties] en de [beschrijving van het beheer] en dat zij het werk kunnen uitvoeren.

[...]

De offertes moeten worden opgesteld overeenkomstig dit bestek en met gebruikmaking van de bijgevoegde formulieren.

De offertes moeten worden ondertekend door de bevoegde vertegenwoordiger(s) van de inschrijver. In verband met de opstelling en indiening van de offertes gemaakte kosten worden niet vergoed door [de gemeenschappelijke onderneming].

Er worden generlei inlichtingen verstrekt over de voortgang van de beoordeling van de offertes.

De vervulling van de aanbestedingsvoorwaarden en/of de inleiding van een aanbestedingsprocedure verplicht [de gemeenschappelijke onderneming] geenszins tot gunning van de opdracht. [De gemeenschappelijke onderneming] is niet verplicht de inschrijvers wier offerte niet is aanvaard, schadeloos te stellen, ook niet wanneer zij besluit de opdracht niet te gunnen."

14 Het bestek, waarvan punt 6 het opschrift „contractbepalingen" had, preciseerde bovendien dat het als bijlage 1 bijgevoegde modelcontract van toepassing was op de procedure en dat de bepalingen van dat contract integrerend deel uitmaakten van het bestek.

15 Punt 13.1.1 van het bestek bepaalde dat de in de offertes verstrekte technische informatie in overeenstemming moest zijn met de beschrijving van het beheer en de technische specificaties. In dit punt stond voorts:

„Wat de bovengenoemde documenten betreft leidt het geheel of gedeeltelijk ontbreken van een noodzakelijke essentiële inlichting of de niet-overeenstemming van de offerte met de minimumeisen van de [beschrijving van het beheer] en de [technische specificaties] tot afwijzing van de offerte. De inschrijver wordt derhalve verzocht de betrokken specificaties en beschrijving zorgvuldig te bestuderen en bij zijn offerte alle vereiste inlichtingen te verstrekken alsmede alle aanvullende gegevens die de beoordeling van de offerte door [de gemeenschappelijke onderneming] kunnen vergemakkelijken."

16 Volgens punt 3 van de technische specificaties bepaalde een tijdschema, uitgedrukt in maanden vanaf de inwerkingtreding van het modelcontract, de datum waarop de verschillende typen geleiders door de contractant aan de gemeenschappelijke onderneming moesten worden geleverd.

17 Verzoekster, Nexans France, heeft op 23 oktober 2009 een offerte ingediend (hierna: „offerte"). Die offerte bevatte een bijlage C 1, „Lijst van belangrijkste aanpassingen van het modelcontract die tot herformulering van bepaalde clausules zullen leiden", waarin een aantal wijzigingen van het modelcontract wordt voorgesteld (hierna: „voorbehouden"). De voorbehouden hadden onder meer betrekking op de volgende voorwaarden: ten eerste wenste verzoekster dat het contract pas in werking zou treden na de betaling van een voorschot door de gemeenschappelijke onderneming en de verkrijging van een bouwvergunning voor haar fabriek in Cortaillod (Zwitserland); ten tweede wenste verzoekster elke aansprakelijkheid af te wijzen bij problemen in verband met het door de gemeenschappelijke onderneming voorgeschreven ontwerp van de kabels of als gevolg van door de gemeenschappelijke onderneming geleverde halffabricaten of ook als gevolg van door haar zelf gefabriceerde, maar door de gemeenschappelijk onderneming bewerkte producten; ten derde wenste verzoekster een aanpassing van het tijdschema; zij presenteerde een tijdschema waarin de eerste levering met twaalf maanden en de laatste levering met een maand werd verschoven, waardoor de

laatste levering na 55 in plaats van 54 maanden zou plaatsvinden; ten vierde verzocht verzoekster om de contractuele boete wegens niet-nakoming te berekenen op basis van het bedrag van de niet tijdig geleverde producten en niet op basis van de totale waarde van de opdracht, en de hoogte van de toepasselijke boete te stellen op 1 % per week, met een maximum van 15 % van de niet tijdig geleverde producten en 10 % van de totale opdrachtwaarde; ten vijfde wenste verzoekster een aanpassing van de clausules inzake vertraging bij de levering, de regeling inzake gedeeltelijke betaling, de duur van de garantie voor haar producten, het maximumbedrag van haar aansprakelijkheid en het beginsel van de vaste prijs; ten zesde eiste verzoekster dat de gemeenschappelijke onderneming haar bij technische problemen het recht op gratis toegang tot een nieuwe technologie zou verlenen of anders het recht tot eenzijdige beëindiging van de opdracht; ten zevende wenste verzoekster ruimere rechten van intellectuele eigendom dan die welke in het modelcontract waren opgenomen; ten achtste wenste verzoekster het recht op eenzijdige beëindiging zonder schadeloosstelling, wanneer de gemeenschappelijke onderneming niet binnen de gestelde termijnen zou betalen, haar betalingsvorderingen zou betwisten of wanneer zij niet in staat zou zijn de producten van de opdracht te vervaardigen volgens de technische specificaties van de gemeenschappelijke onderneming; ten negende maakte verzoekster een voorbehoud bij artikel II.26 van het modelcontract, waarvan de tekst onvolledig is.

18 Bij brief van 19 november 2009 heeft R., een lid van de dienst contracten en overheidsopdrachten van de gemeenschappelijke onderneming, verzoekster om nadere informatie over de offerte verzocht. R. heeft verzoekster gewezen op de inhoud van punt 4.1 van het bestek (zie punt 13 hierboven) en haar bovendien verzocht een ondertekend exemplaar van het modelcontract in te dienen en haar aanvaarding van alle bepalingen daarvan te bevestigen. Punt A van die brief eindigde met de volgende twee alinea's:

„Kunt u bevestigen dat u de bepalingen van het modelcontract en de bijlagen daarbij aanvaardt? Zo ja, kunt u bevestigen dat de [voorbehouden] slechts indicaties zijn en geen contractbepalingen? Kunt u een op elke bladzijde geparafeerd en door een daartoe gemachtigd persoon van uw onderneming ondertekend exemplaar van het modelcontract verstrekken?

Wanneer u uw aanvaarding van de contractbepalingen niet bevestigt, wordt [de offerte] zonder nadere beoordeling afgewezen."

19 In het origineel van de brief aan verzoekster waren de woorden „zonder nadere beoordeling afgewezen" onderstreept.

20 De brief van R. bevatte ook een punt B, met het opschrift „Uitsluitingscriteria", en een punt C, met het opschrift „Technische- en beroepsbekwaamheid". De vragen in die twee punten van die brief werden ingeleid door de volgende passage, in vetgedrukte letters:

„Wilt u onder voorbehoud van bevestiging van uw aanvaarding van de contractbepalingen zoals hierboven aangegeven, de onderstaande vragen beantwoorden [...]"

21 De vicepresident van verzoekster, B., heeft deze brief beantwoord bij brief van 26 november 2009. Hierin gaf hij aan dat de voorbehouden in aanmerking moesten worden genomen en als basis moesten dienen voor de onderhandelingen tussen verzoekster en de gemeenschappelijke onderneming, omdat de financiële voorwaarden van de offerte op basis van de voorbehouden waren vastgesteld. Hij voegde hieraan toe dat hij uit een telefoongesprek van 23 november 2009 had begrepen dat de gemeenschappelijke onderneming van mening was dat de aanvaarding van het modelcontract een noodzakelijke voorwaarde was voor de beoordeling van de offerte. Hij stelde evenwel dat punt 4.1 van het bestek (zie punt 13 hierboven) geen dwingende regel vastlegde, maar de gemeenschappelijke onderneming een beoordelingsbevoegdheid verleende. Daarom verzocht hij de gemeenschappelijke onderneming haar uitlegging van punt 4.1 van het bestek te heroverwegen en de

offerte met inachtneming van de voorbehouden te aanvaarden. Daarnaast gaf hij de redenen aan waarop de voorbehouden berustten. Bij die brief waren tevens de antwoorden van verzoekster op de vragen in de punten B en C van de brief van 19 november 2009 gevoegd (zie punt 20 hierboven).

22 Gedurende en na deze briefwisseling hebben telefoongesprekken tussen verzoekster en de gemeenschappelijke onderneming plaatsgevonden.

23 Bij brief van 26 februari 2010 heeft V, algemeen president-directeur van verzoekster, de voorbehouden herhaald en de gemeenschappelijke onderneming verzocht daaromtrent een standpunt te bepalen. Voorts heeft hij in die brief de aandacht van de gemeenschappelijke onderneming gevestigd op een eventueel belangenconflict waarin een van haar concurrenten verkeerde.

24 Verzoekster heeft in een met de gemeenschappelijke onderneming georganiseerde bijeenkomst op 25 maart 2010 haar standpunt opnieuw uitgelegd.

25 Bij brief van 13 april 2010 heeft het hoofd van de dienst contracten en overheidsopdrachten van de gemeenschappelijke onderneming geantwoord op de brieven van 26 november 2009 (zie punt 21 hierboven) en 26 februari 2010 (zie punt 23 hierboven). Het hoofd van de afdeling inkoop van de gemeenschappelijke onderneming heeft bij die gelegenheid aangegeven dat de gemeenschappelijke onderneming rekening zou houden met de beweringen van verzoekster inzake een belangenconflict. Die brief bevatte ook de volgende passage:

„Wat de door u vermelde aanbesteding betreft [...] wijzen wij u erop dat de beoordeling momenteel gaande is en dat [de gemeenschappelijke onderneming] bijgevolg daaromtrent geen aanvullende informatie kan verstrekken. Wij zijn er evenwel van overtuigd dat de contacten tussen de dienst contracten en overheidsopdrachten van [de gemeenschappelijke onderneming] en Nexans nuttig zijn geweest voor de verduidelijking van de algemene voorwaarden en de grenzen van de aanbestedingsprocedures. In dit verband moeten wij in antwoord op uw brief van 26 november 2009 onderstrepen dat die brief door Nexans was gezonden in antwoord op een verzoek om verduidelijking van [de gemeenschappelijke onderneming]. Omdat Nexans alle noodzakelijke gegevens in die brief heeft verstrekt, hoefde de gemeenschappelijke onderneming in de context van de beoordeling daarop niet te antwoorden."

26 In een op 16 april 2010 aan het hoofd van de dienst contracten en overheidsopdrachten gezonden brief heeft de vicepresident van verzoekster bevestigd dat er volgens hem sprake was van een belangenconflict doordat een werknemer van de Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile (nationaal bureau voor nieuwe technologieën, energie en duurzame economische ontwikkeling, Italië; hierna: „ENEA") lid was van de raad van bestuur van de gemeenschappelijke onderneming. In die brief werd ook gewezen op mogelijk misbruik van vertrouwelijke informatie over verzoekster en mogelijke schending van haar intellectuele-eigendomsrechten.

27 In twee aan respectievelijk de directeur en het uitvoerend comité van de gemeenschappelijke onderneming gezonden rapporten die op grond van artikel 122 van de uitvoeringsverordening op 25 maart en 6 april 2010 waren opgesteld, heeft de beoordelingscommissie voor de inschrijvingen voorgesteld de offerte af te wijzen en de opdracht te gunnen aan een consortium genaamd Italian Consortium for Applied Superconductivity (ICAS) (hierna: „consortium ICAS"), de enige andere inschrijver, bestaande uit ENEA, Tratos Cavi SpA en Criotec Impianti Srl.

28 Wat de offerte betreft heeft de beoordelingscommissie voor de inschrijvingen het volgende aangegeven. Ten eerste was de verklaring op erewoord met betrekking tot de uitsluitingscriteria onvolledig. Ten tweede had verzoekster geen ondertekend exemplaar van het standaardcontract overgelegd, maar juist een reeks voorbehouden geformuleerd met betrekking tot de contractbepalingen over het tijdschema, de technische en financiële voorwaarden en de omvang van de garantie ten laste van de contractant.

Ten derde had verzoekster in antwoord op een verzoek om verduidelijking haar voorbehouden gehandhaafd en aanvullende informatie verstrekt met betrekking tot de uitsluitingscriteria, waaruit bleek dat zij in 2007 wegens een in 2001 gepleegde inbreuk op de mededingingsregels was veroordeeld. Ten slotte heeft de beoordelingscommissie voor de inschrijvingen voorgesteld de offerte af te wijzen, en wel met name wegens het feit dat verzoekster voorbehouden handhaafde die onverenigbaar waren met een aantal essentiële eisen van het bestek, het modelcontract en de technische specificaties; de kwestie van de uitsluitingscriteria kon haars inziens onbesproken blijven.

29 Bijgevolg is enkel de offerte van het consortium ICAS beoordeeld. Daar dit consortium de enig overgebleven kandidaat was voor de gunning van de opdracht, zijn op verzoek van de gemeenschappelijke onderneming onderhandelingen gestart op basis van artikel 139, lid 6, van de uitvoeringsverordening.

30 Tijdens zijn 21e bijeenkomst op 19 en 20 mei 2010 heeft het uitvoerend comité van de gemeenschappelijke onderneming, waaraan de zaak was voorgelegd op grond van artikel 124, lid 2, van de uitvoeringsverordening aangezien de opdracht een waarde van meer dan een miljoen EUR had, bevestigd dat de gunningsprocedure naar behoren was verlopen.

31 Op 8 juli 2010 heeft de directeur van de gemeenschappelijke onderneming de offerte afgewezen (hierna: „afwijzend besluit") en de opdracht gegund aan het consortium ICAS (hierna: „gunningsbesluit").

32 Bij brief van 16 juli 2010 heeft R. verzoekster geïnformeerd over de afwijzing van de offerte overeenkomstig artikel 120, lid 4, van de uitvoeringsverordening, omdat de offerte niet voldeed aan bepaalde „essentiële voorwaarden" van het bestek wegens de weigering van verzoekster om een exemplaar van het modelcontract te ondertekenen en wegens de voorbehouden. In die brief is verzoekster ook op de hoogte gesteld van het gunningsbesluit. Het gunningsbesluit is bovendien dezelfde dag aan het consortium ICAS gezonden.

33 Op 23 juli 2010 heeft de vicepresident van verzoekster de gemeenschappelijke onderneming geschreven met het verzoek het afwijzend besluit en het gunningsbesluit in te trekken (hierna tezamen: „bestreden besluiten") en de aanbestedingsprocedure opnieuw te starten. Bovendien heeft hij erop gewezen dat mogelijk rechtsmaatregelen tegen de gemeenschappelijke onderneming zouden worden genomen wegens heling van beschermde vertrouwelijke informatie.

34 Deze brief is op 3 augustus 2010 beantwoord door het hoofd van de dienst contracten en overheidsopdrachten van de gemeenschappelijke onderneming.

Procesverloop en conclusies van partijen

35 Bij verzoekschrift, ingeschreven ter griffie van het Gerecht op 18 september 2010, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.

36 Bij een op dezelfde dag ter griffie van het Gerecht ingediende afzonderlijke akte heeft verzoekster om opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden besluiten verzocht.

37 Bij op 5 oktober 2010 ter griffie van het Gerecht ingeschreven brief heeft de gemeenschappelijke onderneming het Gerecht geïnformeerd over de inleiding van een intern onderzoek naar het in het verzoekschrift gestelde belangenconflict en verzocht om de behandeling van de onderhavige zaak te schorsen in afwachting van de uitkomst van dat onderzoek.

38 Bij beschikking van 15 oktober 2010 heeft de president van het Gerecht het verzoek om voorlopige maatregelen afgewezen en de beslissing omtrent de kosten aangehouden.

39 Bij brief van 27 oktober 2010 heeft verzoekster haar instemming met een schorsing van de onderhavige procedure meegedeeld.

40 Bij beschikking van 19 november 2010 heeft de president van de Eerste kamer van het Gerecht op grond van artikel 77, sub d, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht de behandeling van de onderhavige zaak geschorst tot 15 december 2010.

41 In het kader van het in punt 37 hierboven genoemde interne onderzoek zijn verzoekster en het consortium ICAS verzocht opmerkingen in te dienen. De diensten van de gemeenschappelijke onderneming hebben vervolgens een rapport opgesteld, dat op 29 november 2010 is voorgelegd aan de directeur van de gemeenschappelijke onderneming. Gelet op dit rapport heeft de directeur van de gemeenschappelijke onderneming besloten de bestreden besluiten te bevestigen. Bijgevolg is het contract met het consortium ICAS op 9 december 2010 ondertekend, waarover verzoekster op dezelfde dag is geïnformeerd. Het onderzoeksrapport is verzoekster op 18 januari 2011 toegezonden.

42 Bij op 12 april 2011 ter griffie van het Gerecht ingeschreven brief heeft verzoekster het Gerecht verzocht om de gemeenschappelijke onderneming bij wege van maatregel tot organisatie van de procesgang te gelasten de technische en commerciële offerte van het consortium ICAS en het met dit consortium op 9 december 2010 gesloten contract, eventueel in een niet-vertrouwelijke versie, over te leggen.

43 Bij op 17 mei 2011 ter griffie van het Gerecht ingeschreven brief heeft de gemeenschappelijke onderneming het Gerecht verzocht dit verzoek af te wijzen. Zij heeft evenwel een niet-vertrouwelijke versie van het met het consortium ICAS gesloten contract en bijlage B bij dit contract, dat het tijdschema bevat, overgelegd.

44 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Eerste kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan en in het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang als bedoeld in artikel 64 van het Reglement voor de procesvoering partijen schriftelijke vragen te stellen, waarop zij binnen de gestelde termijn hebben geantwoord.

45 Ter terechtzitting van 27 november 2012 hebben partijen pleidooi gehouden en geantwoord op de mondelinge vragen van het Gerecht.

46 Verzoekster verzoekt het Gerecht, kort samengevat:

— de bestreden besluiten nietig te verklaren;

— alle daarna vastgestelde handelingen nietig te verklaren;

— de gemeenschappelijke onderneming te veroordelen haar een bedrag van 175 453 EUR te betalen, vermeerderd met rente, ter vergoeding van de schade die zij meent te hebben geleden;

— subsidiair, wanneer geen nieuwe aanbestedingsprocedure kan worden georganiseerd, de gemeenschappelijke onderneming ertoe te veroordelen haar een bedrag van 50 175 453 EUR te betalen, vermeerderd met rente, ter vergoeding van de schade die zij meent te hebben geleden;

— de gemeenschappelijke onderneming te verwijzen in de kosten.

47 De gemeenschappelijke onderneming verzoekt het Gerecht:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

1. *De vorderingen tot nietigverklaring*

Ontvankelijkheid van de vorderingen tot nietigverklaring

De ontvankelijkheid van de tweede vordering van verzoekster

48 Met haar tweede vordering vraagt verzoekster om naast de bestreden besluiten „alle daarna vastgestelde handelingen" nietig te verklaren.

49 Krachtens artikel 21, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie, dat volgens artikel 53, eerste alinea, ervan van toepassing is op de procedure voor het Gerecht, juncto artikel 44, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering, moet elk verzoekschrift een omschrijving van het voorwerp van het geding bevatten. Deze omschrijving moet voldoende duidelijk en nauwkeurig zijn om de verweerder in staat te stellen zijn verweer voor te bereiden, en om het Gerecht in staat te stellen uitspraak te doen op het beroep (zie arrest Gerecht van 17 oktober 2012, Evropaïki Dynamiki/Hof van Justitie, T-447/10, punt 27 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

50 In casu geeft verzoekster evenwel niet aan op welke andere besluiten dan de bestreden besluiten haar vordering tot nietigverklaring betrekking heeft. Een dergelijke vordering is dus niet voldoende nauwkeurig om de draagwijdte ervan te kunnen beoordelen en moet derhalve niet-ontvankelijk worden verklaard (zie in die zin arrest Evropaïki Dynamiki/Hof van Justitie, aangehaald in punt 49 hierboven, punten 25 tot en met 28, en beschikking van het Gerecht van 24 oktober 2012, Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-442/11, punt 92, en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

Verzoeksters procesbevoegdheid ten aanzien van het gunningsbesluit

51 De gemeenschappelijke onderneming stelt dat zij de offerte diende af te wijzen, aangezien zij niet in overeenstemming was met het bestek. In die omstandigheden heeft verzoekster volgens haar geen belang bij de betwisting van het gunningsbesluit. Wat dat besluit betreft dient het beroep dus niet-ontvankelijk te worden verklaard.

52 Verzoekster stelt daarentegen, met verwijzing naar de beschikking van de president van het Gerecht van 20 juli 2006, Globe/Commissie (T-114/06 R, Jurispr. blz. II-2627, punten 30 en volgende), dat een niet-gekozen gegadigde in een aanbestedingsprocedure altijd rechtstreeks en individueel geraakt wordt door het besluit tot gunning van een opdracht aan een andere gegadigde. Zij is dan ook van mening dat haar beroep tot nietigverklaring van het gunningsbesluit ontvankelijk is.

53 Volgens artikel 263, vierde alinea, VWEU, dat krachtens artikel 106 bis EA van toepassing is op het onderhavige geding, kan iedere natuurlijke of rechtspersoon beroep instellen tegen handelingen die tot hem gericht zijn of die hem rechtstreeks en individueel raken. Aangezien vaststaat dat het gunningsbesluit tot het consortium ICAS en niet tot verzoekster is gericht, moet worden nagegaan of laatstgenoemde rechtstreeks en individueel geraakt wordt door dat besluit.

54 In dit verband is het vaste rechtspraak dat een natuurlijke of rechtspersoon door een handeling slechts rechtstreeks geraakt kan worden in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU, wanneer die handeling rechtstreeks gevolgen heeft voor zijn rechtspositie (zie in die zin arrest Hof van 5 mei 1998, Dreyfus/Commissie, C-386/96 P, Jurispr. blz. I-2309, punten 43 en 45, en arrest Gerecht van 26 september 2000, Starway/Raad, T-80/97, Jurispr. blz. II-3099, punt 61).

55 Evenwel is herhaaldelijk geoordeeld dat wanneer de offerte van een inschrijver vóór het stadium voorafgaand aan het besluit tot gunning van de opdracht is afgewezen en daarom niet met de andere offertes is vergeleken, het beroep van de betrokken inschrijver tegen het besluit tot gunning van de opdracht slechts ontvankelijk is wanneer het besluit tot afwijzing van zijn offerte nietig wordt verklaard (arresten Gerecht van 13 september 2011, Dredging International en Ondernemingen Jan de Nul/EMSA, T-8/09, Jurispr. blz. II-6123, punten 134 en 135, en 22 mei 2012, Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-17/09, punten 118 en 119).

56 Immers, pas wanneer laatstgenoemd besluit nietig wordt verklaard, ka€n het besluit tot gunning van de opdracht rechtstreekse gevolgen hebben voor de rechtspositie van de inschrijver wiens inschrijving vóór het stadium voorafgaand aan het besluit tot gunning van de opdracht is afgewezen. Wanneer de vordering tot nietigverklaring van het besluit tot afwijzing van de inschrijving wordt afgewezen, kan het besluit tot gunning van de opdracht daarentegen geen rechtsgevolgen hebben voor de inschrijver wiens offerte is afgewezen vóór het stadium voorafgaand aan het besluit tot gunning van de opdracht. In dat geval belet het besluit tot afwijzing van de inschrijving dat de betrokken inschrijver rechtstreeks wordt geraakt door het daaraanvolgende besluit tot gunning van de opdracht aan een andere inschrijver.

57 Wanneer, zoals in casu, de offerte van een gegadigde is afgewezen omdat zij niet voldoet aan essentiële eisen van het bestek, kan die gegadigde dus pas wanneer hij kan bewijzen dat zijn offerte ten onrechte om die reden is afgewezen, aantonen dat hij recht had op vergelijking van zijn offerte met die van de andere inschrijvers en bijgevolg dat het besluit tot gunning van de opdracht aan een andere gegadigde rechtstreeks gevolgen heeft voor zijn rechtspositie.

58 Derhalve hangt de ontvankelijkheid van de vordering tot nietigverklaring van het gunningsbesluit in casu ervan af, of verzoekster nietigverklaring van het afwijzend besluit kan verkrijgen. Daaruit volgt dat eerst alle argumenten inzake de rechtmatigheid van het afwijzend besluit moeten worden onderzocht.

De gegrondheid van de vordering tot nietigverklaring van het afwijzend besluit

Voorafgaande overwegingen

59 Ter onderbouwing van haar vorderingen tot nietigverklaring, die zonder onderscheid zijn gericht tegen het afwijzend besluit en het gunningsbesluit, voert verzoekster vier middelen aan. Het eerste middel, dat uiteenvalt in drie onderdelen, is respectievelijk ontleend aan schending van het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het transparantiebeginsel. Het tweede middel bestaat uit vier onderdelen en is ontleend aan schending van de beginselen van gelijke behandeling en gelijke kansen van de gegadigden tijdens de procedure. Het derde middel betreft schending van het beginsel van behoorlijk bestuur en van de artikelen 84 en 94 van het financieel reglement van de gemeenschappelijke onderneming. Met het vierde middel laakt verzoekster ten slotte een onjuiste rechtsopvatting bij de toepassing van artikel 120, lid 4, van de uitvoeringsverordening.

60 De offerte is door de gemeenschappelijke onderneming afgewezen vóór de vergelijkende fase van het onderzoek, omdat zij niet voldeed aan de voorwaarden die in de aanbestedingsdocumenten aan de inschrijvers werden gesteld. Het derde onderdeel van het tweede middel, volgens hetwelk het consortium ICAS bij de opstelling van zijn offerte heeft geprofiteerd van informatie die hem heeft bevoordeeld, heeft dus geen gevolgen voor de rechtmatigheid van het afwijzend besluit.

61 Met haar argumenten tracht verzoekster in wezen enerzijds de rechtmatigheid van de aan de inschrijvers in de aanbestedingsdocumenten gestelde voorwaarden, op basis waarvan de gemeenschappelijke onderneming de offerte heeft beoordeeld, ter discussie te stellen.

62 Het Gerecht acht het dus opportuun, in de eerste plaats alle argumenten te onderzoeken die in dit verband met betrekking tot de onregelmatigheid van de aanbestedingsdocumenten zijn aangevoerd in het eerste en derde onderdeel van het eerste middel, het eerste en tweede onderdeel van het tweede middel, en in het derde en het vierde middel.

63 Daarnaast voert verzoekster anderzijds aan dat, mochten de aanbestedingsvoorwaarden rechtmatig zijn, de gemeenschappelijke onderneming ten onrechte heeft gemeend de offerte vóór de fase van vergelijking van de merites te mogen afwijzen.

64 Het Gerecht acht het derhalve aangewezen, in de tweede plaats de argumenten te onderzoeken inzake de toepassing in casu van de in de aanbestedingsdocumenten gestelde voorwaarden die door verzoekster zijn aangevoerd in het kader van het eerste middel, het tweede en het vierde onderdeel van het tweede middel, en in het kader van het derde en het vierde middel.

65 In de derde plaats zal het Gerecht het betoog van verzoekster in het kader van het tweede onderdeel van het eerste middel inzake schending van het vertrouwensbeginsel onderzoeken.

De rechtmatigheid van de aanbestedingsdocumenten

66 De kritiek van verzoekster op de aanbestedingsdocumenten kan worden onderverdeeld in drie reeksen argumenten. Ten eerste verwijt verzoekster de gemeenschappelijke onderneming in het eerste en het derde onderdeel van het eerste middel en in het vierde middel onnauwkeurige formulering van de aanbestedingsdocumenten, waardoor zij de omvang van haar verplichtingen niet precies kon kennen, in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel en het transparantiebeginsel. Ten tweede voert verzoekster in het eerste onderdeel van het tweede middel onrechtmatigheid van het bestek en de technische specificaties aan, op grond dat de gestelde leveringstermijnen mededinging van elke andere gegadigde dan het consortium ICAS onmogelijk maakten. In het kader van het derde middel stelt verzoekster bovendien dat de oplegging van dit tijdschema schending van het beginsel van behoorlijk bestuur oplevert. Ten derde verwijt verzoekster de gemeenschappelijke onderneming in het tweede onderdeel van het tweede middel dat zij ENEA ten gunste van zichzelf invloed heeft laten uitoefenen op de aanbestedingsvoorwaarden, hetgeen een belangenconflict deed ontstaan.

– De duidelijkheid van de op de aanbestedingsprocedure toepasselijke regels

67 In het eerste en het derde onderdeel van het eerste middel verwijt verzoekster de gemeenschappelijke onderneming onnauwkeurige formulering van de aanbestedingsdocumenten, waardoor zij de omvang van haar verplichtingen niet precies kon kennen, in strijd met het rechtszekerheids- en het transparantiebeginsel. Deze kritiek wordt door verzoekster herhaald in haar argumentatie inzake het vierde middel.

68 In dit verband stelt verzoekster dat de aanbestedingsdocumenten niet duidelijk aangaven dat de inschrijvers het modelcontract moesten accepteren zonder voorstellen te mogen doen voor wijziging daarvan. De door de gemeenschappelijke onderneming op 19 november 2009 aan haar geschreven brief (zie punt 18 hierboven) gaf evenmin aan dat afwijzing van de offerte door de formulering van voorbehouden onvermijdelijk was, maar slechts dat die afwijzing mogelijk was. De gemeenschappelijke onderneming heeft op geen enkel moment vóór de vaststelling van het afwijzend besluit melding gemaakt van artikel 120, lid 4, van de uitvoeringsverordening. Volgens verzoekster kon zij er dus redelijkerwijs niet van uitgaan dat de gemeenschappelijke onderneming die bepaling in casu zou toepassen, noch dat de in het bestek genoemde „algemene voorwaarden” „essentiële voorwaarden” in de zin van die bepaling vormden. Ook wees niets erop dat de inachtneming van het tijdschema een „essentiële voorwaarde” in de zin van artikel 120, lid 4, van de uitvoeringsverordening was. In die omstandigheden is verzoekster van mening dat de gemeenschappelijke onderneming het rechtszekerheidsbeginsel heeft geschonden.

69 Bovendien bood punt 4.1 van het bestek volgens verzoekster de gemeenschappelijke onderneming de mogelijkheid te beoordelen of door een inschrijver voorgestelde wijzigingen van het modelcontract konden worden aanvaard. De gemeenschappelijke onderneming verkeerde dus niet in een situatie van een gebonden bevoegdheid, maar beschikte over een beoordelingsruimte. De gemeenschappelijke onderneming heeft verzoekster evenwel op geen enkel moment te kennen gegeven dat zij de draagwijdte van punt 4.1 van het bestek anders uitlegde. De gemeenschappelijke onderneming heeft juist de rechtsgrondslag waarop zij haar afwijzend besluit heeft vastgesteld, versluierd. Aldus heeft zij het transparantiebeginsel geschonden.

70 De gemeenschappelijke onderneming betwist deze stellingen.

71 Het rechtszekerheidsbeginsel vereist dat de belanghebbenden in staat worden gesteld de omvang van de hun opgelegde verplichtingen nauwkeurig te kennen (arresten Hof van 10 maart 2009, Heinrich, C-345/06, Jurispr. blz. I-1659, punt 44, en 8 juli 2010, Afton Chemical, C-343/09, Jurispr. blz. I-7027, punt 79). Wat het transparantiebeginsel betreft, dat een algemeen beginsel is dat van toepassing is op de gemeenschappelijke onderneming bij het plaatsen van overheidsopdrachten op grond van artikel 79 van haar financieel reglement, dit vereist dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig zijn geformuleerd in de aankondiging van de opdracht of in het bestek, opdat, enerzijds, alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en ze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn (arresten Hof van 18 juni 2002, HI, C-92/00, Jurispr. blz. I-5553, punt 45, en 29 april 2004, Commissie/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Jurispr. blz. I-3801, punten 109 tot en met 111; arrest Gerecht van 12 maart 2008, European Service Network/Commissie, T-332/03, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 126 en 127).

72 Allereerst moet dus worden onderzocht of de aanbestedingsdocumenten voldoen aan de bovengenoemde eisen. De kritiek van verzoekster op dit punt kan worden herleid tot twee grieven. Ten eerste was het volgens haar niet duidelijk dat de inschrijvers verplicht waren het modelcontact en het tijdschema te aanvaarden. Ten tweede was het evenmin duidelijk dat de offerte van een inschrijver die deze verplichting niet wilde nakomen, onvermijdelijk werd afgewezen.

73 Wat de eerste grief betreft, hoeft slechts te worden verwezen naar de eerste alinea van punt 4.1 van het bestek (zie punt 13 hierboven), die als volgt luidt:

„De indiening van een offerte houdt in dat de inschrijver alle bepalingen van het modelcontract en de bijlagen daarbij aanvaardt, waaronder de [technische specificaties] en de [beschrijving van het beheer], en afstand doet van zijn eigen algemene of bijzondere voorwaarden.”

74 Uit deze besteksbepaling blijkt duidelijk en ondubbelzinnig dat de aanvaarding van het modelcontract en het tijdschema (dat deel uitmaakt van de technische specificaties) verplicht was voor de inschrijvers, en dat dezen zonder uitzondering moesten afzien van hun eigen voorwaarden.

75 De verplichting om te voldoen aan het tijdschema vloeit ook voort uit de punten 3.1 en 13.1.1 van het bestek (zie de punten 12 en 15 hierboven). Wat de aanvaarding van het modelcontract betreft, geeft punt 6 van het bestek aan dat dit als bijlage 1 bij het bestek gevoegde modelcontract van toepassing is op de procedure en dat de bepalingen ervan integrerend deel uitmaken van het bestek (zie punt 14 hierboven).

76 Bovendien staat in de derde alinea van punt 4.1 van het bestek dat de in dit gehele punt genoemde voorwaarden – namelijk in het bijzonder de aanvaarding van het modelcontract en het tijdschema – „van toepassing zijn op de indiening van de offertes” en dat het, anders gezegd, gaat om de „voorwaarden waaraan de inschrijvers moeten voldoen bij de opstelling en indiening van hun offerte,

om die te kunnen aanvaarden". Ook geeft de vierde alinea van hetzelfde punt aan dat „de inschrijvers uitsluitend zullen worden beoordeeld op de inhoud van hun schriftelijke offerte" en dat zij bijgevolg in hun offerte „duidelijk [moeten] aangeven dat zij kunnen voldoen aan de eisen van de [technische specificaties] en de [beschrijving van het beheer]".

77 Ter terechtzitting heeft verzoekster verklaard dat, ook al kon de betekenis van die bepalingen, afzonderlijk beschouwd, duidelijk lijken, te zijn, het dubbelzinnige karakter van de draagwijdte van de aan de inschrijvers opgelegde verplichtingen voortvloeide uit de algemene opzet van de aanbestedingsdocumenten in hun totaliteit. Verzoekster heeft evenwel niet nauwkeuriger aangegeven welke bepaling van het bestek of van de andere aanbestedingsdocumenten tot een dergelijke dubbelzinnigheid kon leiden, en heeft met geen enkel argument kunnen aantonen dat het bij lezing van de bepalingen van de aanbestedingsdocumenten, met name de in de punten 73 tot en met 76 hierboven genoemde, voor een normaal zorgvuldige inschrijver niet duidelijk zou zijn geweest dat de aanvaarding van het modelcontract en het tijdschema door de inschrijvers verplicht was en een voorwaarde was voor de overeenstemming van hun inschrijving met de eisen van het bestek.

78 Daaruit volgt dat de eerste grief van verzoekster ongegrond moet worden verklaard.

79 Bijgevolg moet de tweede grief inzake schending van het rechtszekerheids- en het transparantiebeginsel worden onderzocht, inhoudend dat de afwijzing van offertes die niet overeenstemmen met de in punt 77 hierboven genoemde eisen niet duidelijk uit het bestek voortvloeide.

80 Meteen al moet in herinnering worden gebracht dat wanneer de aanbestedende dienst in het kader van een aanbestedingsprocedure de voorwaarden vaststelt die hij de inschrijvers wil opleggen, hij grenzen aan de uitoefening van zijn beoordelingsbevoegdheid stelt en voorts niet van de voorwaarden kan afwijken die hij voor de inschrijvers heeft vastgesteld zonder het beginsel van gelijke behandeling van de gegadigden te schenden. Het bestek moet dus worden uitgelegd aan de hand van de beginselen van zelfbinding en eerbiediging van de gelijke behandeling van de gegadigden, waar het gaat om de beoordeling van of het bestek, zoals verzoekster stelt, de gemeenschappelijke onderneming de mogelijkheid bood de voorbehouden te aanvaarden.

81 In dit verband volstaat opnieuw een verwijzing naar punt 4.1 van het bestek, waarvan de tweede alinea luidt:

„[De gemeenschappelijke onderneming] kan elk eventueel in de offerte opgenomen voorbehoud of exoneratiebeding dienaangaande negeren, en behoudt zich het recht voor dergelijke offertes af te wijzen, zonder gedetailleerd te hoeven motiveren waarom zij niet in overeenstemming zijn met het bestek."

82 De letterlijke betekenis van deze bepaling verzet zich duidelijk tegen de uitlegging die verzoekster eraan geeft, namelijk dat de gemeenschappelijke onderneming over een beoordelingsbevoegdheid beschikt en afwijkingen van de in de eerste alinea van punt 4.1 van het bestek genoemde eisen kan toestaan (zie punten 13 en 73 hierboven). Volgens de tweede alinea van punt 4.1, die de gemeenschappelijke onderneming geenszins toestaat eventuele wijzigingen van het modelcontract en het tijdschema in aanmerking te nemen, heeft zij namelijk enkel de bevoegdheid eventuele voorstellen voor afwijkingen te negeren, en mag zij elke niet-conforme inschrijving op rechtmatige wijze afwijzen.

83 Daaruit volgt dat, anders dan verzoekster meent, de gemeenschappelijke onderneming niet over een beoordelingsbevoegdheid beschikte die haar toestond een offerte met afwijkingen van het modelcontract en het tijdschema niet af te wijzen, maar dat haar enige beoordelingsruimte betrekking had op de vraag of afwijkingen die tot gevolg hadden dat de offerte niet in overeenstemming was met die eisen, konden worden genegeerd, met dien verstande dat zij die offerte anders moest afwijzen.

84 Bovendien vormt punt 13.1.1 van het bestek (zie punt 15 hierboven), dat bepaalt dat „de niet-overeenstemming van de offerte met de minimumeisen van de [beschrijving van het beheer] en de [technische specificaties] tot afwijzing van de offerte" leidt, een extra waarschuwing voor de gevolgen wanneer de inschrijvers zich niet aan de in het tijdschema gestelde termijnen zouden houden.

85 Voorts staat in de punten 1 en 14 van het bestek, dat als bijlage A 2 bij het verzoekschrift is gevoegd, twee keer dat het financieel reglement van de gemeenschappelijke onderneming en de uitvoeringsverordening op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijn. Bovendien staat in punt 4.2 van het bestek dat de betrokken procedure een openbare procedure is in de zin van artikel 81, lid 4, van het financieel reglement van de gemeenschappelijke onderneming en van artikel 84 van de uitvoeringsverordening. Dergelijke procedures worden gekenmerkt door het feit dat de aanbestedende dienst niet kan onderhandelen met de verschillende inschrijvers, daar deze uitsluitend worden beoordeeld op de inhoud van hun schriftelijke offerte, zoals is vastgelegd in punt 4.1, vierde alinea, van het bestek.

86 Voorts was de door de gemeenschappelijke onderneming op 19 november 2009 aan verzoekster gezonden brief (zie punt 18 hierboven) zeer duidelijk wat de draagwijdte van de regels inzake de betrokken procedure betreft. Met betrekking tot de in de offerte geformuleerde voorbehouden gaf de gemeenschappelijke onderneming namelijk aan:

„Kunt u bevestigen dat u de bepalingen van het modelcontract en de bijlagen daarbij aanvaardt? Zo ja, kunt u bevestigen dat de [voorbehouden] slechts indicaties zijn en geen contractbepalingen? Kunt u een op elke bladzijde geparafeerd en door een daartoe gemachtigd persoon van uw onderneming ondertekend exemplaar van het modelcontract verstrekken?

Wanneer u uw aanvaarding van de contractbepalingen niet bevestigt, wordt [de offerte] zonder nadere beoordeling afgewezen."

87 Wat de gevolgen voor verzoekster waren ingeval zij zou aangeven dat haar voorbehouden contractuele clausules waren en dat zij van plan was die tegen te werpen aan de gemeenschappelijke onderneming, werd ook onderstreept door het voorwaardelijke karakter van de vragen die in dezelfde brief volgden op de hierboven weergegeven passage. Die vragen, die betrekking hadden op de uitsluitings- en selectiecriteria, werden namelijk ingeleid met de volgende waarschuwing:

„Wilt u onder voorbehoud van bevestiging van uw aanvaarding van de contractbepalingen zoals hierboven aangegeven, de onderstaande vragen beantwoorden [...]"

88 Verzoekster kan dus niet stellen dat de gemeenschappelijke onderneming in de redactie van de aanbestedingsdocumenten dan wel in haar gedrag tijdens de procedure van gunning van de betrokken opdracht de rechtsgrondslag, namelijk artikel 120, lid 4, van de uitvoeringsverordening, waarop zij het afwijzend besluit heeft gebaseerd, „heeft versluierd".

89 Zoals is vermeld in punt 85 hierboven, moest verzoekster bij lezing van de aanbestedingsdocumenten namelijk weten dat de op haar toepasselijke procedure werd geregeld door de uitvoeringsverordening, waarvan artikel 120, lid 4, als volgt luidt:

„Inschrijvingen die niet voldoen aan alle essentiële eisen die in de aanbestedingsdocumenten zijn beschreven of aan de in die documenten vermelde specifieke eisen, worden afgewezen.

De beoordelingscommissie of [de gemeenschappelijke onderneming] kunnen inschrijvers vragen binnen de door hen gestelde termijn aanvullende informatie te verstrekken of de bij hun inschrijving overgelegde documenten te verduidelijken."

90 Bijgevolg moet ook de tweede grief van verzoekster, inhoudende dat de afwijzing van offertes die niet voldeden aan de verplichting om de bepalingen van het modelcontract en de termijnen in het tijdschema te eerbiedigen niet voldoende voorzienbaar was voor de inschrijvers, ongegrond worden verklaard.

91 Uit het voorgaande volgt dus dat verzoekster niet kan stellen dat uit de aanbestedingsdocumenten niet duidelijk bleek dat de inschrijvers verplicht waren het modelcontract en het in de technische specificaties vervatte tijdschema te aanvaarden en dat offertes die niet aan die eisen voldeden zouden worden afgewezen, noch dat die voorwaarden niet duidelijk genoeg toegankelijk waren gemaakt voor haar. Haar argumenten inzake schending van het rechtszekerheids- en het transparantiebeginsel moeten derhalve worden afgewezen.

– De rechtvaardiging van de in het tijdschema gestelde termijnen

92 In het kader van het eerste onderdeel van het tweede middel en ter onderbouwing van het derde middel voert verzoekster onrechtmatigheid van het bestek en de technische specificaties aan, doordat de leveringstermijnen van dien aard waren dat enkel het consortium ICAS als gegadigde kon meedingen. Verzoekster is dus van mening dat de oplegging van dit tijdschema schending van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers oplevert, waaraan een situatie van belangenverstrengeling ten grondslag ligt, en schending van het beginsel van behoorlijk bestuur.

93 In het eerste onderdeel van het tweede middel stelt verzoekster dat de termijnen van het in de technische specificaties voorgeschreven tijdschema een onevenredige last vormen, daar enkel ondernemingen die op de voor de gunning van de opdracht voorziene datum over een specifieke productielijn beschikten, de kans hadden om de opdracht in de wacht te slepen. Die uiterst korte termijnen hadden dus enkel tot doel gehad de kandidatuur van het consortium ICAS te bevoordelen, waarvan ENEA lid was, hetgeen wordt bevestigd door het feit dat er geen andere inschrijving is ingediend. De vertraging van negen maanden waarmee de gemeenschappelijke onderneming het contract met het consortium ICAS heeft gesloten, toont aan dat de gestelde termijnen niet objectief gerechtvaardigd waren.

94 In het kader van het derde middel stelt verzoekster voorts dat de gemeenschappelijke onderneming, door zodanige termijnen te stellen dat enkel het consortium ICAS de opdracht in de wacht kon slepen, zichzelf de mogelijkheid heeft ontnomen voordeligere offertes te verkrijgen dan die van dat consortium. Bijgevolg schendt de vaststelling van de leveringstermijnen niet alleen het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, maar ook het beginsel van behoorlijk bestuur.

95 De gemeenschappelijke onderneming betwist deze argumenten.

96 Om te beginnen moet worden vastgesteld dat, zoals de gemeenschappelijke onderneming terecht aanvoert, de argumenten waarmee verzoekster de rechtmatigheid van de aanbestedingsvoorwaarden ter discussie wil stellen, niet kunnen slagen, daar het afwijzend besluit gebaseerd is op het feit dat een offerte met voorbehouden niet kan worden aanvaard en dat de voorbehouden in de offerte niet uitsluitend betrekking hadden op de leveringstermijnen.

97 Zoals in punt 17 hierboven is uiteengezet, vormde het verzoek om te mogen afwijken van de in het tijdschema voorziene termijnen namelijk slechts een van de vele voorbehouden in de offerte. Verzoekster vroeg de gemeenschappelijke onderneming onder meer te willen aanvaarden dat de inwerkingtreding van het contract afhankelijk was van de verkrijging van een bouwvergunning en tot die verkrijging werd uitgesteld, weigerde het beding inzake vaste prijzen te accepteren en verzocht om verlaging van de contractuele boete en vermindering van haar aansprakelijkheid. Anders gezegd, verzoekster weigerde de aanbestedingsvoorwaarden zoals die door de gemeenschappelijke

onderneming waren vastgesteld, te aanvaarden om redenen die geen verband hielden met de kwestie van de inachtneming van de termijnen van het tijdschema en die zonder uitzondering een afwijking vormden van de bepalingen van het modelcontract.

98 In die omstandigheden blijft het een feit dat verzoekster, zelfs indien wordt aangenomen dat haar kritiek op het tijdschema gefundeerd is, heeft geweigerd het modelcontract te aanvaarden en dat alleen al die weigering voor de gemeenschappelijke onderneming volstond om de offerte te moeten afwijzen, zoals volgt uit de punten 71 tot en met 91 hierboven. De exceptie van onwettigheid die verzoekster ontleent aan de discriminerende en onevenredige aard van het tijdschema kan er dus niet toe leiden dat haar vordering tot nietigverklaring van het afwijzend besluit wordt toegewezen. Die grief moet derhalve als ondeugdelijk worden afgewezen.

99 Bovendien is die grief hoe dan ook ongegrond.

100 Volgens de rechtspraak hebben aanbestedende diensten namelijk een aanzienlijke beoordelingsbevoegdheid met betrekking tot de factoren die in aanmerking worden genomen bij een besluit tot gunning van een opdracht. In die context hebben zij eveneens een ruime beoordelingsbevoegdheid bij het bepalen van zowel de inhoud als de uitvoering van de toepasselijke regels voor het gunnen van een opdracht door middel van aanbesteding (zie arrest Gerecht van 25 oktober 2012, Astrim en Elyo Italia/Commissie, T-216/09, punt 17 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

101 Ook kan het Gerecht, gelet op de ruime beoordelingsbevoegdheid van de aanbestedende dienst, bij zijn toetsing enkel controleren of de procedure- en motiveringsvoorschriften zijn nageleefd, de feiten materieel juist zijn, de feiten niet kennelijk verkeerd zijn beoordeeld en geen misbruik van bevoegdheid is gemaakt (zie in die zin arrest Astrim en Elyo Italia/Commissie, aangehaald in punt 100 hierboven, punt 20 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

102 Zoals verzoekster terecht stelt, dient de gemeenschappelijke onderneming niettemin het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel te eerbiedigen. Volgens artikel 79 van haar financieel reglement moet zij als aanbestedende dienst in elke fase van een aanbestedingsprocedure erop toezien dat het beginsel van gelijke behandeling wordt geëerbiedigd en bijgevolg dat alle inschrijvers gelijke kansen hebben. Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, dat is gericht op het bevorderen van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de ondernemingen die deelnemen aan de aanbesteding van een overheidsopdracht, eist voorts dat alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen bij het formuleren van hun offertes, en impliceert dus dat voor deze offertes dezelfde voorwaarden gelden voor alle inschrijvers (arrest Hof van 18 oktober 2001, SIAC Construction, C-19/00, Jurispr. blz. I-7725, punt 34, en arrest Commissie/CAS Succhi di Frutta, aangehaald in punt 71 hierboven, punt 108; arrest Gerecht van 19 maart 2010, Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-50/05, Jurispr. blz. II-1071, punten 55 en 56).

103 In casu stelt verzoekster niet dat voor alle gegadigden niet dezelfde voorwaarden golden, maar voert zij aan dat de voorwaarden zodanig zijn opgezet dat zij het consortium ICAS bevoordeelden. Ter onderbouwing van die bewering stelt zij dat enkel een onderneming die over een specifieke productielijn beschikte, de kans had om de opdracht in de wacht te slepen, en dat geen andere gegadigde dan het consortium ICAS een inschrijving heeft ingediend die voldeed aan de in de technische specificaties van de aanbesteding gestelde termijnen.

104 In dit verband is ten eerste de stelling dat enkel een onderneming die over een specifieke productielijn beschikte, zich als gegadigde kon opgeven, gelet op de gestelde termijnen, niet bewezen, ook al is het juist dat geen andere geldige offerte is ingediend dan die van het consortium ICAS.

105 Ten tweede stelt de gemeenschappelijke onderneming dat de leveringstermijnen zijn vastgesteld om haar te kunnen laten voldoen aan de verplichtingen die zij jegens de internationale organisatie ITER, Rusland en Japan was aangegaan en die het voorwerp zijn van de betrokken opdracht (zie de punten 6 en 7 hierboven). Deze stellingen worden bevestigd door de overlegging van de drie betrokken contracten en het door de internationale organisatie ITER voorgeschreven tijdschema, die gevoegd zijn bij het verweerschrift (bijlagen B 7, B 8, B 10, B 31 tot en met B 35). In die omstandigheden moet de gemeenschappelijke onderneming worden geacht te hebben aangetoond dat de in de technische specificaties voorgeschreven termijnen objectief gerechtvaardigd waren en niet beoogden een specifieke deelnemingsaanvraag te bevoordelen.

106 Anderzijds wordt het tegengestelde argument van verzoekster, dat de gemeenschappelijke onderneming door de ondertekening van het contract met het consortium ICAS negen maanden uit te stellen, met haar gedrag heeft aangetoond dat zij niet aan die termijnen gebonden was, zoals zij beweert, serieus tegengesproken door de gemeenschappelijke onderneming. Deze heeft namelijk ter terechtzitting gesteld dat het contract niet in de zomer van 2010 kon worden gesloten omdat de leden van het consortium ICAS de voor het sluiten van het contract noodzakelijke administratieve en financiële documenten niet hadden kunnen toezenden. Voorts staat vast dat de gemeenschappelijke onderneming nadat verzoekster haar vóór de inleiding van dit beroep rechtstreeks heeft gewezen op een belangenconflict, een kwestie die ook een bestanddeel van het onderhavige beroep vormt, heeft besloten het gunningsbesluit uit te stellen en een onderzoek naar die beweringen in te stellen. De ondertekening van het contract heeft dan ook daadwerkelijk meteen na de sluiting van dat onderzoek plaatsgevonden (zie de punten 37 en 39 tot en met 41 hierboven).

107 Ten derde bestaat de beweerde schending van het beginsel van behoorlijk bestuur er volgens verzoekster in dat de gemeenschappelijke onderneming door zodanige termijnen te stellen dat enkel het consortium ICAS de opdracht in de wacht kon slepen, zichzelf vrijwillig de mogelijkheid de mogelijkheid heeft ontnomen voordeligere offertes te verkrijgen. Uit het voorgaande vloeit evenwel voort dat de in het tijdschema voorgeschreven termijnen objectief gerechtvaardigd werden door de internationale verbintenissen van de gemeenschappelijke onderneming. Waar zij zich in de uitoefening van haar door de rechtspraak ter zake erkende ruime beoordelingsbevoegdheid (zie punt 100 hierboven) op het standpunt heeft gesteld dat de verplichting waaraan zij in het kader van die internationale verbintenissen moest voldoen, zwaarder woog dan de kans op een groter aantal gegadigden wanneer zij minder dwingende leveringstermijnen had vastgesteld, heeft zij geen kennelijke beoordelingsfout gemaakt.

108 Uit het voorgaande volgt dat verzoekster niet heeft kunnen aantonen dat de in het tijdschema opgenomen termijnen aldus waren opgesteld dat de deelnemingsaanvraag van het consortium ICAS werd bevoordeeld, noch dat zij onevenredig waren. De grieven van verzoekster inzake onregelmatigheid van het tijdschema, die ondeugdelijk zijn, zijn hoe dan ook ongegrond en moeten worden afgewezen.

– Het bestaan van een belangenconflict, leidend tot onrechtmatigheid van de aan de inschrijvers opgelegde voorwaarden

109 In het tweede onderdeel van het tweede middel verwijt verzoekster de gemeenschappelijke onderneming dat zij ENEA, die in verschillende organen van de gemeenschappelijke onderneming is vertegenwoordigd en ook een van de leden van het consortium ICAS is, de voorwaarden voor de aanbesteding heeft laten beïnvloeden, waardoor een belangenconflict is ontstaan.

110 M. en P., beiden werknemers van ENEA en respectievelijk lid van het uitvoerend comité en van de raad van bestuur van de gemeenschappelijke onderneming, waren namelijk betrokken bij de opstelling van de aanbesteding. Zij hebben de vaststelling van de aan de gegadigden opgelegde voorwaarden dus kunnen beïnvloeden op een voor de deelnemingsaanvraag van ENEA gunstige wijze.

111 Bovendien is ENEA betrokken geweest bij het ontwerp van de TF-geleiders voor het project JT-60SA, en de technische specificaties zijn vóór de uitschrijving van de aanbesteding ter validering aan ENEA gezonden.

112 Ten slotte heeft een werknemer van ENEA tijdens een bezoek aan de installaties van Nexans Korea toegang gehad tot vertrouwelijke informatie over verzoekster.

113 De gemeenschappelijke onderneming betwist deze stellingen.

114 Volgens de rechtspraak doet het feit dat een inschrijver, zelfs zonder daartoe de bedoeling te hebben, de voorwaarden van een aanbesteding in voor hem gunstige zin kan beïnvloeden, een situatie van belangenverstrengeling ontstaan. In dit verband vormt de belangenverstrengeling een schending van het beginsel van gelijke behandeling van de gegadigden en van het beginsel van gelijke kansen van de inschrijvers (arrest Hof van 3 maart 2005, Fabricom, C-21/03 en C-34/03, Jurispr. blz. I-1559, punten 29 en 30, en arrest Gerecht van 17 maart 2005, AFCon Management Consultants e.a./Commissie, T-160/03, Jurispr. blz. II-981, punt 74).

115 Ten eerste vloeit uit de rechtspraak voort dat het begrip belangenverstrengeling objectief is en dat de intenties van de betrokkenen, met name hun goede trouw, buiten beschouwing moeten worden gelaten om het te karakteriseren (arrest Hof van 10 juli 2001, Ismeri Europa/Rekenkamer, C-315/99 P, Jurispr. blz. I-5281, punten 44 tot en met 48).

116 Ten tweede bestaat er geen absolute verplichting voor aanbestedende diensten om inschrijvers die zich in een situatie van belangenverstrengeling bevinden, systematisch uit te sluiten, omdat een dergelijke uitsluiting niet gerechtvaardigd is in de gevallen waarin kan worden aangetoond dat die situatie geen gevolgen heeft gehad voor hun handelwijze in het kader van de aanbestedingsprocedure en geen reëel gevaar is voor praktijken die de mededinging tussen de inschrijvers kan vervalsen (zie in die zin arresten Hof Fabricom, aangehaald in punt 114 hierboven, punten 33 tot en met 36; 19 mei 2009, Assitur, C-538/07, Jurispr. blz. I-4219, punten 26 tot en met 30, en 23 december 2009, Serrantoni en Consorzio stabile edili, C-376/08, Jurispr. blz. I-12169, punten 39 en 40).

117 Ten derde is daarentegen de uitsluiting van een inschrijver in een situatie van belangenverstrengeling noodzakelijk wanneer er geen adequater middel bestaat om schending van de beginselen van gelijke behandeling van de inschrijvers en van transparantie te voorkomen (arrest Gerecht van 12 maart 2008, Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-345/03, Jurispr. blz. II-341, punten 71 en volgende; zie ook in die zin arresten Assitur, aangehaald in punt 116 hierboven, punt 21, en Serrantoni en Consorzio stabile edili, aangehaald in punt 116 hierboven, punten 39 en 40).

118 In het licht van het voorgaande moeten dus de beweringen worden onderzocht dat de betrokkenheid van ENEA, een van de inschrijvers via het consortium ICAS, bij de opstelling van de aanbestedingsdocumenten, volgens verzoekster met name bij de vaststelling van de technische specificaties, een situatie van belangenverstrengeling vormt waardoor de uit de aanbestedingsdocumenten voortvloeiende voorwaarden onrechtmatig zijn op grond dat zij zodanig zijn opgesteld dat de deelnemingsaanvraag van dit consortium werd bevoordeeld.

119 In dit verband kan in de eerste plaats de stelling van de gemeenschappelijke onderneming dat de vertegenwoordigers van ENEA die zitting hebben in de raad van bestuur en in het uitvoerend comité geen lid van die organen zijn als vertegenwoordigers van ENEA, niet het bestaan van een belangenconflict uitsluiten dat afbreuk kan doen aan het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers. De gemeenschappelijke onderneming stelt namelijk dat P., lid van de raad van bestuur, de Italiaanse Republiek en niet ENEA vertegenwoordigt, en dat M. niet als vertegenwoordiger van ENEA, maar als erkende expert op het gebied van kernfusie zitting heeft in het uitvoerend comité. Dat die personen niet als werknemers van ENEA deel uitmaken van de bestuursorganen van de

gemeenschappelijke onderneming kan hen echter op zich niet beletten gebruik te maken van hun positie binnen de gemeenschappelijke onderneming om de belangen van het Italiaanse bureau te behartigen, wat nu juist een situatie van belangenverstrengeling zou vormen.

120 Derhalve kan deze rechtvaardiging van de gemeenschappelijke onderneming niet worden aanvaard, maar moet de daadwerkelijke rol worden onderzocht die deze werknemers van ENEA, en ENEA zelf, bij de opstelling van de aanbestedingsdocumenten, met name bij de vaststelling van de technische specificaties, hebben kunnen spelen.

121 In de tweede plaats geeft de gemeenschappelijke onderneming aan dat noch de raad van bestuur noch het uitvoerend comité betrokken is geweest bij de opstelling van de aanbestedingsdocumenten. In antwoord op de vóór de terechtzitting aan de gemeenschappelijke onderneming gestelde vragen heeft zij een zeer minutieuze beschrijving gegeven van de verschillende fasen van de opstelling van de betrokken documenten. Verzoekster heeft voor en tijdens de terechtzitting geen kritiek geleverd op die verklaringen van de gemeenschappelijke onderneming. Deze bevestigen de beweringen van de gemeenschappelijke onderneming dat noch de raad van bestuur noch het uitvoerend comité ook maar de geringste rol heeft gespeeld bij de opstelling van de aanbestedingsdocumenten. In die omstandigheden moet de grief van verzoekster inzake de aanwezigheid van werknemers van ENEA binnen deze organen van de gemeenschappelijke onderneming worden afgewezen.

122 Wat in de derde plaats de bewering van verzoekster betreft, die door de gemeenschappelijke onderneming is aanvaard, dat de technische specificaties met betrekking tot de TF-geleiders voor het project JT-60SA vóór de uitschrijving van de aanbesteding ter validering aan ENEA zijn gezonden, wordt in herinnering gebracht dat de bijdrage van Euratom aan het project JT-60SA moest worden geleverd door de Italiaanse Republiek en de Franse Republiek, voor rekening van Euratom, en dat uit dien hoofde de nationale bureaus van die lidstaten, respectievelijk ENEA en CEA, zijn geraadpleegd, aangezien de gemeenschappelijke onderneming in de plaats van die bureaus trad bij de aanbesteding van de opdracht.

123 Uit de – niet door verzoekster betwiste – uitleg van de gemeenschappelijke onderneming ter terechtzitting volgt evenwel dat niet gebleken is dat ENEA heeft kunnen profiteren van de overlegging van de technische specificaties vóór de uitschrijving van de aanbesteding, noch dat zij invloed heeft kunnen uitoefenen op de vaststelling van de technische specificaties op een wijze die later voor haar gunstig zou zijn geweest. De gemeenschappelijke onderneming heeft namelijk aangegeven, zonder te zijn tegengesproken, dat de door ENEA voorgestelde technische specificaties uiteindelijk niet waren aanvaard. Voorts heeft zij gesteld, eveneens zonder door verzoekster te zijn tegengesproken, dat de voorkennis die ENEA had kunnen hebben op basis van haar betrokkenheid bij ten eerste de ontwikkelingsfase van de betrokken prototypes in het project JT-60SA en ten tweede de vaststelling van de technische specificaties die uiteindelijk voor dat project zijn aanvaard, haar geen comparatief voordeel heeft kunnen verschaffen, aangezien de betrokken specificaties slechts gevolgen hadden voor het ijken en de parametrering van de in het proces van bekabeling en bekleding gebruikte installaties en niet voor de aard van die installaties, terwijl de offertes enkel werden beoordeeld op de vraag of de gegadigden over de betrokken installaties konden beschikken en ze konden exploiteren.

124 In de vierde plaats kon verzoekster niet aangeven in hoeverre de vertrouwelijke informatie die een expert van ENEA tijdens een bezoek aan de installaties van Nexans Korea heeft verkregen, gevolgen kon hebben voor de opstelling van de aanbestedingsdocumenten, zodat haar desbetreffende argumenten niet kunnen volstaan om de onrechtmatigheid van die documenten aan te tonen.

125 Uit het voorgaande volgt dat verzoekster niet heeft kunnen aantonen dat de in de aanbestedingsdocumenten vervatte eisen onder invloed van of ten gunste van ENEA zijn opgesteld en niet rechtmatig aan alle inschrijvers konden worden opgelegd.

126 Derhalve moeten de argumenten dat de uit de aanbestedingsdocumenten voortvloeiende voorwaarden op grond van een belangenconflict onrechtmatig waren, ongegrond worden verklaard.

127 Bijgevolg kan verzoekster zich er niet over beklagen dat de overeenstemming van de offerte met die eisen een noodzakelijke voorwaarde was voor de inaanmerkingneming van de offerte door de gemeenschappelijke onderneming. Thans moet dus worden onderzocht of de gemeenschappelijke onderneming terecht van oordeel was dat de offerte niet aan die eisen voldeed.

De rechtmatigheid van het afwijzend besluit, bezien vanuit het oogpunt van de in de aanbestedingsdocumenten gestelde voorwaarden

128 Ter betwisting van het afwijzend besluit in het licht van de voorwaarden in de aanbestedingsdocumenten voert verzoekster vijf aanvullende grieven aan. Ten eerste stelt zij in het vierde middel dat de verplichting tot aanvaarding van het modelcontract en tot inachtneming van het tijdschema geen „essentiële voorwaarden" zijn in de zin van artikel 120, lid 4, van de uitvoeringsverordening. Ten tweede verwijt verzoekster de gemeenschappelijke onderneming in het eerste middel dat zij haar vóór de vaststelling van het afwijzend besluit niet geïnformeerd heeft over haar uitlegging, op grond waarvan zij zich verplicht achtte haar offerte als niet-conform af te wijzen. Ten derde is zij in het kader van het vierde onderdeel van het tweede middel van mening dat de aan de inschrijvers gestelde excessieve eisen een negatieve invloed op de prijs van haar offerte hebben gehad. Ten vierde klaagt verzoekster in het kader van het tweede onderdeel van het tweede middel over de betrokkenheid van een werknemer van ENEA aan de procedure ter beoordeling van de inschrijvingen. Ten slotte stelt verzoekster ten vijfde dat ENEA geprivilegieerde informatie over haar bezat.

– De toepassing van artikel 120, lid 4, van de uitvoeringsverordening

129 In het kader van het vierde middel stelt verzoekster dat de door haar geformuleerde voorbehouden betrekking hadden op de „algemene voorwaarden" van het bestek en niet op de „essentiële voorwaarden" in de zin van artikel 120, lid 4, van de uitvoeringsverordening. Verzoekster is derhalve van mening dat de gemeenschappelijke onderneming blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de afwijzing van haar offerte op die bepaling te baseren. Volgens verzoekster konden enkel de in de aanbestedingsdocumenten als „essentieel" aangeduide voorwaarden tot toepassing van artikel 120, lid 4, van de uitvoeringsverordening leiden. Bovendien kon de gemeenschappelijke onderneming volgens verzoekster op grond van punt 4.1 van het bestek de voorbehouden negeren in plaats van haar offerte af te wijzen.

130 De gemeenschappelijke onderneming betwist deze beweringen.

131 Zoals is vermeld in punt 89 hierboven, luidt artikel 120, lid 4, van de uitvoeringsverordening:

„Inschrijvingen die niet voldoen aan alle essentiële eisen die in de aanbestedingsdocumenten zijn beschreven of aan de in die documenten vermelde specifieke eisen, worden afgewezen.

De beoordelingscommissie of [de gemeenschappelijke onderneming] kunnen de inschrijvers vragen binnen de door hen gestelde termijn aanvullende informatie te verstrekken of de bij hun inschrijving overgelegde documenten te verduidelijken."

132 Zoals in de punten 73 en 81 hierboven is vermeld, luidt voorts punt 4.1, eerste en tweede alinea, van het bestek als volgt:

„De indiening van een offerte houdt in dat de inschrijver alle bepalingen van het modelcontract en de bijlagen daarbij aanvaardt, waaronder de [technische specificaties] en de [beschrijving van het beheer], en afstand doet van zijn eigen algemene of bijzondere voorwaarden.

„[De gemeenschappelijke onderneming] kan elk eventueel in de offerte opgenomen voorbehoud of exoneratiebeding dienaangaande negeren, en behoudt zich het recht voor dergelijke offertes af te wijzen, zonder gedetailleerd te hoeven motiveren waarom zij niet in overeenstemming zijn met het bestek."

133 De uiterst formalistische uitlegging van verzoekster, op grond waarvan enkel de in de aanbestedingsdocumenten als „essentieel" aangeduide voorwaarden tot toepassing van artikel 120, lid 4, van de uitvoeringsverordening kunnen leiden, kan niet worden aanvaard. Als „essentieel" in de zin van deze bepaling moeten juist de voorwaarden worden beschouwd waaruit bij lezing van de aanbestedingsdocumenten voor een normaal oplettende en zorgvuldige inschrijver duidelijk blijkt dat zij een dwingend karakter hebben en dat zij niet van gering belang zijn, gelet op het voorwerp van de betrokken opdracht of de met de regeling inzake overheidsopdrachten nagestreefde doelen.

134 Zoals zojuist hierboven in de punten 72 tot en met 91 gezegd, volgt uit de aanbestedingsdocumenten duidelijk dat de aanvaarding van het modelcontract en het tijdschema dwingende voorwaarden vormden waaraan de offertes van de inschrijvers moesten voldoen om te kunnen worden onderzocht.

135 Bovendien staat vast dat de voorbehouden van verzoekster die voorwaarden beoogden ter discussie te stellen, omdat zij zowel betrekking hadden op diverse clausules van het modelcontract als op het tijdschema (zie punt 17 hierboven) en van wezenlijke invloed waren op de inhoud van de opdracht zelf, zoals de inwerkingtreding, het tijdschema voor levering, de beginselen voor de bepaling van de prijzen en de aansprakelijkheid van de contractpartner.

136 Gelet op het belang daarvan en op de draagwijdte van de gevolgen die duidelijk waren verbonden aan de eventuele schending van die voorwaarden, moeten de eisen waarop de voorbehouden van verzoekster betrekking hadden zonder twijfel als „essentiële voorwaarden" in de zin van artikel 120, lid 4, van de uitvoeringsverordening worden beschouwd. In dit verband staat het feit dat de betrokken eisen in het bestek „algemene voorwaarden" zijn genoemd, om de in punt 133 hierboven genoemde redenen niet in de weg aan een dergelijke juridische kwalificatie.

137 Verzoekster kan dus niet stellen dat de gemeenschappelijke onderneming de offerte niet rechtmatig kon afwijzen op grond dat artikel 120, lid 4, van de uitvoeringsverordening, volgens hetwelk enkel de inschrijvingen worden afgewezen die niet voldoen aan alle in de documentatie inzake de aanbestedingen beschreven essentiële eisen, in casu niet van toepassing was.

138 Verzoekster stelt evenwel ook dat de gemeenschappelijke onderneming, mochten de voorbehouden wel betrekking hebben gehad op essentiële voorwaarden in de zin van artikel 120, lid 4, van de uitvoeringsverordening, niet verplicht was haar offerte af te wijzen, aangezien zij op grond van punt 4.1 van het bestek volgens verzoekster had kunnen besluiten die voorbehouden te negeren.

139 Om te beginnen is dit argument ondeugdelijk, daar de offerte, zoals is geoordeeld in de punten 131 tot en met 137 hierboven, rechtmatig kon worden afgewezen. Een inschrijver die een offerte heeft ingediend die niet in overeenstemming is met de eisen van het bestek, kan uit punt 4.1 van het bestek dus niet het recht op onderzoek van zijn offerte ontlenen, ook niet wanneer de gemeenschappelijke onderneming de voorgestelde afwijkingen rechtmatig had mogen negeren. Volgens punt 4.1, tweede alinea, van het bestek „kan [de gemeenschappelijke onderneming namelijk] elk eventueel in de offerte opgenomen voorbehoud of exoneratiebeding in verband daarmee negeren" en „behoudt [zij] zich

[bovendien] het recht voor dergelijke offertes af te wijzen, zonder gedetailleerd te hoeven motiveren waarom zij niet in overeenstemming zijn met het bestek". Uit die bepalingen vloeit voort, zoals is geoordeeld in punt 82 hierboven, dat de gemeenschappelijke onderneming volgens de tweede alinea van punt 4.1 geenszins bevoegd was om eventuele wijzigingen van het modelcontract en het tijdschema in aanmerking te nemen, maar enkel om eventuele voorstellen voor afwijkingen te negeren, en mocht zij elke niet-conforme inschrijving op rechtmatige wijze afwijzen.

140 Hoe dan ook, wat de gegrondheid van dit argument betreft, moet worden opgemerkt dat de mate waarin de voorbehouden afweken van zowel de bepalingen van het modelcontract als van het tijdschema uit de door verzoekster ingediende offerte zelf voortvloeide en dat zij ten minste twee keer in antwoord op een verzoek om verduidelijking van de gemeenschappelijke onderneming (zie punt 18 hierboven) schriftelijk heeft bevestigd (zie de punten 21 en 23 hierboven) dat zij aan haar voorbehouden een contractuele waarde wilde toekennen. Met inachtneming van die preciseringen kon de gemeenschappelijke onderneming niet meer kiezen voor het negeren van de voorbehouden zonder de offerte geweld aan te doen en voorts zonder afbreuk te doen aan het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers, dat in een openbare procedure veronderstelt dat de ingediende inschrijvingen volgens de letter ervan worden beoordeeld en niet naar goeddunken van de aanbestedende dienst worden geherinterpreteerd.

141 Bijgevolg kon de gemeenschappelijke onderneming de voorbehouden van verzoekster niet buiten beschouwing laten en was zij verplicht de offerte zonder onderzoek van de merites ervan af te wijzen, op basis van punt 4.1 van het bestek juncto artikel 120, lid 4, van de uitvoeringsverordening.

142 Daaruit volgt dat de grief van verzoekster dat de gemeenschappelijke onderneming het afwijzend besluit niet kon vaststellen zonder artikel 120, lid 4, van de uitvoeringsverordening te schenden, gedeeltelijk ondeugdelijk en voor het overige en hoe dan ook ongegrond moet worden verklaard.

– De grief dat de gemeenschappelijke onderneming verzoekster niet geïnformeerd heeft over haar uitlegging van de draagwijdte van artikel 4.1 van het bestek noch over haar intentie de offerte af te wijzen op grond van artikel 120, lid 4, van de uitvoeringsverordening

143 In het kader van het eerste middel verwijt verzoekster de gemeenschappelijke onderneming dat zij haar vóór de vaststelling van het afwijzend besluit niet erover heeft geïnformeerd dat volgens haar uitlegging zij verplicht was haar offerte als niet-conform af te wijzen. Door het stilzwijgen van de gemeenschappelijke onderneming op dit punt kon verzoekster haars inziens haar offerte niet aanpassen, noch de inhoud van het bestek betwisten of vóór de kennisgeving van het afwijzend besluit een procedure bij de (bestuurs)rechter inleiden.

144 De gemeenschappelijke onderneming betwist deze argumentatie.

145 Ten eerste mist dit argument feitelijke grondslag, daar de gemeenschappelijke onderneming verzoekster in het haar toegezonden verzoek om verduidelijking heeft meegedeeld (zie punt 18 hierboven) dat „[w]anneer [zij] [haar] aanvaarding van de contractbepalingen niet [zou] bevestigen, [de offerte] zonder nadere beoordeling [zou worden] afgewezen".

146 Ten tweede, en ten overvloede, snijdt dit argument geen hout, daar geen regel of algemeen beginsel de aanbestedende dienst in een openbare aanbesteding verplicht een inschrijver erop te wijzen dat zijn inschrijving niet aan de eisen van het bestek voldoet. Dus ook al zou de gemeenschappelijke onderneming verzoekster niet erop hebben gewezen dat de voorbehouden haars inziens de offerte niet-conform maakten, zou haar stilzwijgen op dit punt geen gevolgen hebben gehad voor de rechtmatigheid van het afwijzend besluit.

147 De grief van verzoekster dat de gemeenschappelijke onderneming haar er niet op heeft gewezen dat de offerte wegens de voorbehouden kon worden afgewezen, moet derhalve op grond van het ontbreken van feitelijke grondslag alsmede ondeugdelijkheid. worden verworpen.

– De grief dat de onevenredige aanbestedingsvoorwaarden de kwaliteit van de offerte hebben verminderd

148 In het vierde onderdeel van het tweede middel is verzoekster van mening dat de aan de inschrijvers gestelde excessieve eisen een negatieve invloed op de prijs van haar offerte hebben gehad, daar de productiekosten op ongerechtvaardigde wijze zijn verhoogd.

149 De gemeenschappelijke onderneming betwist deze argumentatie.

150 Aangezien de offerte zonder onderzoek is afgewezen, is dit argument ondeugdelijk en moet het dus worden afgewezen. De prijs van de offerte en de overige kenmerken ervan hebben namelijk geen gevolgen gehad voor de afwijzing.

151 Wat de gegrondheid van dit argument betreft, is hoe dan ook de onevenredige aard van de door de gemeenschappelijke onderneming aan de inschrijvers gestelde eisen niet aangetoond.

152 Ten eerste heeft verzoekster om de in de punten 96 tot en met 108 genoemde redenen niet kunnen aantonen dat het tijdschema niet objectief gerechtvaardigd was.

153 Ten tweede heeft verzoekster zelfs niet de redenen uiteengezet waarom zij van mening is dat de andere eisen dan het tijdschema waarop haar voorbehouden betrekking hebben, onevenredig zijn.

154 In die omstandigheden is de beweerde schending van het evenredigheidsbeginsel niet komen vast te staan. Derhalve kan verzoekster niet stellen dat die eisen gevolgen hebben gehad voor de kwaliteit van de offerte.

155 Daaruit volgt dat de grief van verzoekster inzake het feit dat de onevenredige aanbestedingsvoorwaarden de kwaliteit van de offerte hebben verminderd, als ondeugdelijk moet worden afgewezen en voorts hoe dan ook ongegrond is.

– De gevolgen van de betrokkenheid van werknemers van ENEA bij de procedure van beoordeling van de inschrijvingen

156 In het tweede onderdeel van het tweede middel klaagt verzoekster over de betrokkenheid van een werknemer van ENEA bij de procedure van beoordeling van de inschrijvingen. M. kon als lid van het uitvoerend comité namelijk aldus een beslissende rol spelen bij de uitsluiting van de offerte.

157 De gemeenschappelijke onderneming betwist deze argumentatie.

158 Om dezelfde redenen als genoemd in de punten 120 en 121 hierboven hangt de gegrondheid van verzoeksters argument dat werknemers van ENEA hun lidmaatschap van de raad van bestuur en het uitvoerend comité van de gemeenschappelijke onderneming hebben kunnen gebruiken om de vaststelling van het afwijzend besluit te beïnvloeden, af van de daadwerkelijke rol van die organen bij de vaststelling van dat besluit.

159 Blijkens de door verzoekster niet betwiste verklaringen van de gemeenschappelijke onderneming zijn de door verzoekster en het consortium ICAS ingediende inschrijvingen evenwel beoordeeld door een beoordelingscommissie, die heeft voorgesteld de offerte af te wijzen omdat zij niet voldeed aan de in de aanbestedingsdocumenten gestelde essentiële eisen. Voorts staat vast dat geen van de werknemers van ENEA deel heeft uitgemaakt van deze commissie.

160 Allereerst kan de aanwezigheid van een werknemer van ENEA in de raad van bestuur de vaststelling van het afwijzend besluit niet hebben beïnvloed, daar verzoekster niet betwist dat dit orgaan in geen van de stadia van de selectieprocedure van de inschrijvingen is opgetreden.

161 Dit geldt ook voor de aanwezigheid van M. in het uitvoerend comité, hoewel dat orgaan vóór de vaststelling van de bestreden besluiten is geraadpleegd.

162 Blijkens artikel 124, lid 2, van de uitvoeringsverordening beperkt de bevoegdheid van het uitvoerend comité zich namelijk tot de bekrachtiging van de resultaten van de beoordeling door de selectiecommissie, en meer bepaald tot de bevestiging van de regelmatigheid van de procedure. Overigens staat tussen partijen vast dat het uitvoerend comité zich wat de offerte betreft heeft beperkt tot bekrachtiging van de opmerkingen van de beoordelingscommissie dat zij niet voldeed aan de eisen van de aanbestedingsdocumentatie. Zoals is geoordeeld in de punten 131 tot en met 141 hierboven, was de gemeenschappelijke onderneming evenwel verplicht de offerte af te wijzen wegens haar niet-conformiteit. Het optreden van het uitvoerend comité heeft in de bijzondere omstandigheden van het geval het door de gemeenschappelijke onderneming met betrekking tot de offerte te nemen besluit dus niet kunnen beïnvloeden. In die omstandigheden is niet gebleken van de door verzoekster beweerde situatie van belangenverstrengeling wegens de aanwezigheid van een lid van ENEA tijdens de bijeenkomst van het uitvoerend comité waarin de regelmatigheid van de beoordelingsprocedure is bevestigd, zonder dat uitspraak hoeft te worden gedaan over de gegrondheid van de door de gemeenschappelijke onderneming aangevoerde rechtvaardigingsgronden inzake de passiviteit van dat lid tijdens de betrokken bijeenkomst.

163 Daaruit volgt dat de grief van verzoekster inzake het bestaan van een belangenconflict wegens de deelneming van een werknemer van ENEA aan de bijeenkomst waarin het uitvoerend comité zich heeft uitgesproken over de procedure ter beoordeling van de inschrijvingen, ongegrond moet worden verklaard.

– De bewering dat ENEA geprivilegieerde informatie over verzoekster bezat

164 Wat het argument van verzoekster betreft dat een werknemer van ENEA in het kader van een voor rekening van de internationale ITER-Organisatie verrichte dienstreis toegang kon hebben gehad tot informatie over een in Korea gevestigde vennootschap van de groep Nexans, volstaat de opmerking dat dit feit, mocht het al juist zijn, geen gevolgen heeft kunnen hebben voor de rechtmatigheid van de gronden waarop het afwijzend besluit is gebaseerd en dat deze grief derhalve als ondeugdelijk moet worden afgewezen.

165 Uit het voorgaande volgt dat verzoekster, onder voorbehoud van het onderzoek van de argumenten inzake schending van het vertrouwensbeginsel, dat thans dient plaats te vinden, niet kan klagen over de afwijzing van haar offerte door de gemeenschappelijke onderneming.

Schending van het vertrouwensbeginsel

166 In het kader van het tweede onderdeel van het eerste middel voert verzoekster schending van het vertrouwensbeginsel aan. De gemeenschappelijke onderneming heeft naar haar mening dit beginsel geschonden door haar meermalen de verzekering te geven dat zij haar offerte niet zou afwijzen.

167 In dit verband baseert verzoekster zich op punt 4.1 van het bestek, de brief van 19 november 2009 (zie punt 18 hierboven), toezeggingen die haar zijn gedaan in de bijeenkomst van 25 maart 2010 (zie punt 24 hierboven), de brief van 13 april 2010 (zie punt 25 hierboven) en ten slotte het feit dat de gemeenschappelijke onderneming haars inziens vrijwillig „tussen november 2009 en mei 2010 een onzekere situatie heeft gecreëerd, die twijfel omtrent de geldigheid van haar offerte liet bestaan".

168 De gemeenschappelijke onderneming betwist deze argumenten.

169 Het vertrouwensbeginsel kan worden ingeroepen wanneer de betrokkene van de instanties van de Europese Unie nauwkeurige, onvoorwaardelijke en onderling overeenstemmende toezeggingen heeft gekregen die van bevoegde en betrouwbare bronnen afkomstig zijn, en deze toezeggingen gegronde verwachtingen hebben kunnen wekken bij degene tot wie zij gericht zijn en overeenstemmen met de toepasselijke voorschriften (zie arresten Gerecht van 8 mei 2007, Citymo/Commissie, T-271/04, Jurispr. blz. II-1375, punten 108 en 138, en 4 februari 2009, Omya/Commissie, T-145/06, Jurispr. blz. II-145, punt 117, en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

170 Geen van de uitlatingen die verzoekster de gemeenschappelijke onderneming toeschrijft voldoet aan de bovengenoemde eisen.

171 Ten eerste kan punt 4.1 van het bestek, zoals zojuist is geoordeeld, de stelling van verzoekster niet dragen, daar het duidelijk aangeeft dat de inachtneming, zonder dat daarvan kan worden afgeweken, van het modelcontract en het tijdschema een voorwaarde vormen voor de verenigbaarheid van de inschrijvingen met het voorwerp van de opdracht. Ook blijkt uit dit punt dat de gemeenschappelijke onderneming elk voorbehoud kan negeren en de inschrijvingen als niet-conform kan afwijzen. Bijgevolg kan verzoekster niet stellen dat punt 4.1 van het bestek een nauwkeurige toezegging was, dat de offerte ondanks de voorbehouden zou worden onderzocht.

172 Ten tweede is verzoekster in de brief van 19 november 2009 (zie punt 18 hierboven) duidelijk meegedeeld dat de offerte, tenzij de geformuleerde voorbehouden geen enkele contractuele waarde hadden, kon worden afgewezen. Dit is uiteraard geen nauwkeurige toezegging dat de offerte, ondanks de voorbehouden, zou worden beoordeeld.

173 Ten derde voert verzoekster geen enkel bewijs aan dat kan aantonen dat dergelijke toezeggingen aan haar zijn gedaan. in de bijeenkomst van 25 maart 2010. Wat de gemeenschappelijke onderneming betreft, zij betwist de beweringen van verzoekster nadrukkelijk door overlegging van gedetailleerde getuigenverklaringen van haar werknemers. In die omstandigheden heeft verzoekster niet voldaan aan de bewijslast die in casu op haar rust.

174 Ten vierde bevatte de brief van 13 april 2010 evenmin een toezegging die verzoekster hoop kon geven op beoordeling van haar inschrijving. In die brief (zie punt 25 hierboven) stond namelijk enkel dat de procedure in de beoordelingsfase verkeerde, dat de gemeenschappelijke onderneming geen informatie over die procedure tot de afronding ervan mocht verstrekken, en dat verzoekster de gevraagde preciseringen had gegeven. De preciseringen waarnaar deze brief verwijst, zijn namelijk die welke verzoekster heeft verstrekt in antwoord op het aan haar gerichte verzoek om verduidelijking en die betrekking hadden op de vraag of de in de offerte geformuleerde voorbehouden al dan niet konden worden genegeerd (zie de punten 18 tot en met 21 hierboven).

175 Gesteld, ten vijfde en tot slot, dat, zoals verzoekster stelt, de gemeenschappelijke onderneming „tussen november 2009 en mei 2010 een onzekere situatie heeft gecreëerd, die twijfel omtrent de geldigheid van haar offerte liet bestaan", wat overigens door al het voorgaande wordt gelogenstraft, dan zou een dergelijk feit hoe dan ook niet voldoen aan de eisen van de in punt 169 hierboven genoemde rechtspraak, die eist dat nauwkeurig, onvoorwaardelijke en onderling overeenstemmende toezeggingen worden gegeven.

176 Bijgevolg kan verzoekster niet stellen dat het afwijzend besluit in strijd met het vertrouwensbeginsel is vastgesteld.

177 Derhalve volgt uit het voorgaande dat verzoeksters vordering tot nietigverklaring van het afwijzend besluit als ongegrond moet worden afgewezen.

De vordering tot nietigverklaring van het gunningsbesluit

178 Uit de overwegingen in de punten 54 tot en met 58 hierboven vloeit voort dat de afwijzing van de vordering tot nietigverklaring van het afwijzend besluit tot gevolg heeft dat verzoekster niet kan aantonen dat zij rechtstreeks is geraakt door het gunningsbesluit. Daaruit volgt dat verzoekster niet bevoegd is om op te komen tegen dat besluit en dat de vordering tot nietigverklaring daarvan niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

2. *De vordering tot schadevergoeding*

179 Op grond van artikel 9. lid 2, van beschikking 2007/198, inzake niet-contractuele aansprakelijkheid, vergoedt de gemeenschappelijke onderneming, overeenkomstig de algemene beginselen die de wetgevingen van de lidstaten gemeen hebben, de schade die door haar zelf of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt. In dit verband is de niet-contractuele aansprakelijkheid van de gemeenschappelijke onderneming afhankelijk van een aantal voorwaarden, te weten de onrechtmatigheid van het verweten gedrag, het werkelijk bestaan van de schade en een oorzakelijk verband tussen dat gedrag en de gestelde schade (zie naar analogie wat de aansprakelijkheid van de Unie en Euratom betreft, arresten Hof van 29 september 1982, Oleifici Mediterranei/EEG, 26/81, Jurispr. blz. 3057, punt 16, en 27 maart 1990, Grifoni/Commissie, C-308/87, Jurispr. blz. I-1203, punt 6; arrest Gerecht van 11 juli 1996, International Procurement Services/Commissie, T-175/94, Jurispr. blz. II-729, punt 44).

180 Wanneer aan één van die voorwaarden niet is voldaan, moet de vordering tot schadevergoeding in zijn geheel worden verworpen, zonder dat de overige voorwaarden behoeven te worden onderzocht (arrest Hof van 15 september 1994, KYDEP/Raad en Commissie, C-146/91, Jurispr. blz. I-4199, punten 19 en 81, en arrest Gerecht van 20 februari 2002, Förde-Reederei/Raad en Commissie, T-170/00, Jurispr. blz. II-515, punt 37).

181 Ter onderbouwing van haar vordering tot schadevergoeding voert verzoekster wat de voorwaarde inzake onrechtmatig gedrag betreft, de onrechtmatigheid van de bestreden besluiten aan.

182 Uit het onderzoek van de vorderingen tot nietigverklaring van verzoekster blijkt evenwel dat zij niet kan stellen dat het afwijzend besluit onrechtmatig was. De onderhavige vordering tot schadevergoeding moet dus worden afgewezen voor zover zij gebaseerd is op de gestelde onrechtmatigheid van het afwijzend besluit.

183 Wat de omvang van de aansprakelijkheid van de gemeenschappelijke onderneming betreft, die zou kunnen voortvloeien uit het gunningsbesluit, waarvan de rechtmatigheid niet is beoordeeld in het kader van het onderzoek van de vorderingen tot nietigverklaring van verzoekster, dient eerst te worden onderzocht of er een oorzakelijk verband tussen de door verzoekster gestelde schade en dat besluit kan worden vastgesteld en of die schade bewezen is en voor vergoeding in aanmerking komt.

184 De eerste schadepost waarop verzoekster zich beroept, wordt gevormd door de kosten die zijn gemaakt voor de deelneming aan de aanbestedingsprocedure. Blijkens het onderzoek van de rechtmatigheid van het afwijzend besluit kon verzoekster evenwel geenszins aanspraak maken op gunning van de opdracht, daar de offerte zonder onderzoek moest worden afgewezen. De door verzoekster gemaakte kosten voor deelneming aan de aanbestedingsprocedure moeten dus op haar blijven rusten, los van de

rechtmatigheid van het gunningsbesluit, aangezien zij zichzelf in een situatie heeft gebracht die uitsloot dat de opdracht aan haar kon worden gegund. In die omstandigheden is het oorzakelijk verband tussen de gestelde eerste schadepost en het gunningsbesluit niet aangetoond. Voorts komt deze schadepost niet voor vergoeding in aanmerking, daar uit punt 4.1 van het bestek blijkt dat „de kosten voor de opstelling en indiening van de offertes [niet] worden vergoed door [de gemeenschappelijke onderneming]”.

185 De tweede gestelde schadepost wordt gevormd door de kosten die verzoekster heeft gemaakt om de rechtmatigheid van de bestreden besluiten te betwisten. In dit verband kan, daar verzoekster verwijzing van de gemeenschappelijke onderneming in de kosten vordert, de vordering tot vergoeding van de tweede schadepost niet worden toegewezen, anders zou verzoekster twee keer op dezelfde grond schadeloos kunnen worden gesteld. Mocht het gunningsbesluit al onrechtmatig zijn, is hoe dan ook zojuist geoordeeld dat verzoekster geen nietigverklaring daarvan kan vorderen en dat de kosten die zij daartoe stelt te hebben gemaakt in die omstandigheden geen voor vergoeding in aanmerking komende schade vormen.

186 De derde en de vierde gestelde schadepost betreffen respectievelijk het verlies van de kans op verkrijging van de opdracht en het verlies van het concurrentievoordeel dat de gunning van de opdracht aan verzoekster zou hebben verschaft. In dit verband volgt uit het onderzoek van de rechtmatigheid van het afwijzend besluit dat verzoekster geen enkele kans had op verkrijging van de opdracht. Er bestaat dus geen oorzakelijk verband tussen het gunningsbesluit en het gestelde kansverlies en verlies van concurrentievoordeel.

187 Daaruit volgt dat bij elk van de door verzoekster gestelde schadeposten aan ten minste een van de door de rechtspraak vereiste voorwaarden niet is voldaan, dat de schadevordering derhalve moet worden afgewezen en dat bijgevolg het beroep in zijn totaliteit moet worden verworpen.

3. *Het verzoek om maatregelen tot organisatie van de procesgang*

188 Verzoekster heeft het Gerecht verzocht de gemeenschappelijke onderneming bij wege van maatregel tot organisatie van de procesgang te gelasten de technische en commerciële offerte van het consortium ICAS en het met dit consortium op 9 december 2010 gesloten contract over te leggen, eventueel in een niet-vertrouwelijke versie.

189 De gemeenschappelijke onderneming heeft een niet-vertrouwelijke versie van het contract en het in bijlage B bij het contract opgenomen tijdschema overgelegd, maar verzet zich voor het overige tegen dat verzoek.

190 Omdat het door het consortium ICAS ondertekende contract is overgelegd en verzoekster niet is opgekomen tegen de reikwijdte van de door de gemeenschappelijke onderneming geëiste vertrouwelijkheid, hoeft geen uitspraak meer te worden gedaan op het verzoek om maatregelen tot organisatie van de procesgang wat dat document betreft.

191 Daar de offerte van het consortium ICAS niet nuttig lijkt te zijn voor de beslechting van het onderhavige geding, aangezien zij geen gevolgen heeft voor de rechtmatigheid van het afwijzend besluit, moet het verzoek tot de maatregel tot organisatie van de rechtsgang strekkend tot overlegging daarvan worden afgewezen.

Kosten

192 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de gemeenschappelijke onderneming te worden verwezen in alle kosten, met inbegrip van de kosten van het kort geding.

HET GERECHT (Eerste kamer)

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) Nexans France wordt verwezen in de kosten, met inbegrip van de kosten van het kort geding.

Azizi Frimodt Nielsen Kancheva

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 20 maart 2013.

ondertekeningen

Inhoud

Voorgeschiedenis van het geding 1

1. Presentatie van de gemeenschappelijke onderneming 1

2. Aanbesteding 2

Procesverloop en conclusies van partijen 7

In rechte 9

1. De vorderingen tot nietigverklaring 9

Ontvankelijkheid van de vorderingen tot nietigverklaring 9

De ontvankelijkheid van de tweede vordering van verzoekster 9

Verzoeksters procesbevoegdheid ten aanzien van het gunningsbesluit 9

De gegrondheid van de vordering tot nietigverklaring van het afwijzend besluit 10

Voorafgaande overwegingen 10

De rechtmatigheid van de aanbestedingsdocumenten 11

– De duidelijkheid van de op de aanbestedingsprocedure toepasselijke regels 11

– De rechtvaardiging van de in het tijdschema gestelde termijnen 15

– Het bestaan van een belangenconflict, leidend tot onrechtmatigheid van de aan de inschrijvers opgelegde voorwaarden 17

De rechtmatigheid van het afwijzend besluit, bezien vanuit het oogpunt van de in de aanbestedingsdocumenten gestelde voorwaarden 20

– De toepassing van artikel 120, lid 4, van de uitvoeringsverordening 20

– De grief dat de gemeenschappelijke onderneming verzoekster niet geïnformeerd heeft over haar uitlegging van de draagwijdte van artikel 4.1 van het bestek noch over haar intentie de offerte af te wijzen op grond van artikel 120, lid 4, van de uitvoeringsverordening 22

– De grief dat de onevenredige aanbestedingsvoorwaarden de kwaliteit van de offerte hebben verminderd 23

– De gevolgen van de betrokkenheid van werknemers van ENEA bij de procedure van beoordeling van de inschrijvingen 23

– De bewering dat ENEA geprivilegieerde informatie over verzoekster bezat 24

Schending van het vertrouwensbeginsel 24

De vordering tot nietigverklaring van het gunningsbesluit 26

2. De vordering tot schadevergoeding 26

3. Het verzoek om maatregelen tot organisatie van de procesgang 27

Kosten 28