CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL F. G. JACOBS

van 17 februari 2000 *

1. Dit is een hogere voorziening tegen een arrest van het Gerecht van eerste aanleg [1] waarbij een schadevordering van TEAM Srl, een Italiaanse bouwtechnische onderneming, is afgewezen. De schade was beweerdelijk geleden als gevolg van een beschikking van de Commissie houdende annulering van een aanbestedingsprocedure voor een haalbaarheidsstudie betreffende de modernisering van een spoorwegknooppunt te Warschau, enerzijds, en van de latere niet- openbare aanbestedingsprocedure voor een andere soortgelijke haalbaarheidsstudie, anderzijds.

Voorgeschiedenis van het geschil en procesverloop voor het Gerecht van eerste aanleg

2. Het PHARE-programma, dat is gebaseerd op verordening (EEG) nr. 3906/89 van de Raad van 18 december 1989 betreffende economische hulp ten gunste van de Republiek Hongarije en de Volksrepubliek Polen [2], en vervolgens is uitgebreid tot andere landen in Midden- en Oost-Europa, vormt het kader van de economische hulp van de Europese Gemeenschap voor het organiseren van acties ter ondersteuning van de economische en sociale hervormingen in die landen.

3. Artikel 3, lid 2, van verordening nr. 3906/89 luidt als volgt:

„Bij de keuze van de op basis van deze verordening te financieren acties wordt onder meer rekening gehouden met de door de betrokken begunstigde landen uitgesproken voorkeuren en wensen."

4. Artikel 23 van de „General Regulations for Tenders and the Award of Service Contracts financed from PHARE/TACIS Funds" („Algemene voorschriften inzake de aanbesteding en de gunning van opdrachten voor dienstverlening gefinancierd door de PHARE/TACIS-fondsen"; hierna: „algemene voorschriften"), in de

* Oorspronkelijke taal: Engels.

1 — Arrest van 29 oktober 1998, TEAM/Commissie (T-13/96, Jurispr. blz. II-4073).

2 — PB L 375, blz. 11, gewijzigd bij verordeningen van de Raad (EEG) nr. 2698/90 van 17 september 1990 (PB L 257, blz. 1), nr. 3800/91 van 23 december 1991 (PB L 357, blz. 10), nr. 2334/92 van 7 augustus 1992 (PB L 227, blz. 1), nr. 1764/93 van 30 juni 1993 (PB L 162, blz. 1), en nr. 1366/95 van 12 juni 1995 (PB L 133, blz. 1).

ten tijde van de feiten van de onderhavige zaak toepasselijke versie [3], bepaalt:

„Annulering van de aanbestedingsprocedure

1. Vóór de toewijzing van de opdracht kan de aanbestedende dienst, zonder dat zulks enige aansprakelijkheid jegens de inschrijvers meebrengt en ongeacht de fase van de procedure voor de toewijzing van de opdracht, besluiten de aanbestedingsprocedure overeenkomstig lid 2 te beëindigen of te annuleren, of beslissen dat de procedure, indien nodig, op gewijzigde voorwaarden wordt overgedaan.

2. Een aanbestedingsprocedure kan inzonderheid worden beëindigd of geannuleerd indien:

(...)

d) uitzonderlijke omstandigheden de normale tenuitvoerlegging van de aanbestedingsprocedure of de opdracht onmogelijk maken;

(...)

3. In geval van annulering van een aanbestedingsprocedure worden de inschrijvers die nog door hun offertes gebonden zijn, door de aanbestedende dienst daarvan in kennis gesteld. Zij hebben geen recht op schadevergoeding."

5. Op 13 juni 1995 schreef de Commissie een niet-openbare aanbesteding uit voor de uitvoering van een haalbaarheidsstudie betreffende de modernisering van een spoorwegknooppunt te Warschau op de lijn E-20 (hierna: „aanbesteding van juni 1995"), die in het kader van het PHARE-project PL 9406 (transportinfrastructuurprogramma 1994) moest worden gefinancierd. Het bericht van aanbesteding werd onder meer gezonden aan TEAM en aan Centralne Biuro Projektowo-Badawcze Budownictwa Kolejowego (Kolprojekt) (hierna: „Kolprojekt"), een vennootschap naar Pools recht met overheidskapitaal, die bouwkundige diensten in de spoorwegsector verricht. Beide ondernemingen vormden onder leiding van Kolprojekt een consortium om gezamenlijk aan de procedure deel te nemen, en dienden hun offerte in.

6. Bij faxbericht van 16 november 1995 deelde de Commissie de inschrijvers mee, dat de aanbesteding was geannuleerd wegens de toevoeging van nieuwe doelstellingen en wijziging van het bestek (hierna: „bestreden beschikking").

3 — Weergegeven in punt 4 van het arrest van het Gerecht.

7. Op 4 december 1995 schreef de Commissie „namens de Poolse regering" een nieuwe niet-openbare aanbesteding uit voor de uitvoering van een haalbaarheidsstudie betreffende de modernisering van een spoorwegknooppunt te Warschau op de lijn E-20 TEN (hierna: „litigieuze aanbesteding"). TEAM kwam voor op de beperkte lijst van die aanbesteding, doch Kolprojekt niet. In het bestek bij de litigieuze aanbesteding heette het onder de rubriek „Personeel en lokale deelneming" evenwel, dat de inschrijver aan wie de opdracht werd gegund, moest samenwerken met Kolprojekt, en dat voor de deelneming van laatstgenoemde vennootschap een bedrag was uitgetrokken dat overeenkwam met 25 % van de financiële offerte. Voor het overige bleek het bestek identiek te zijn met het bestek van de aanbesteding van juni 1995.

8. Naar aanleiding van vragen en opmerkingen van enkele inschrijvers, waaruit bleek dat het bestek onduidelijkheden bevatte met betrekking tot de beschikbare informatie, het verzamelen van de gegevens en de verbintenissen van de Poolse instellingen, kondigde het hoofd van de bevoegde eenheid van de Commissie bij faxbericht van 21 december 1995 aan, dat de Commissie de desbetreffende punten met de Poolse autoriteiten zou ophelderen, teneinde in de loop van januari een nauwkeuriger bestek en een nieuwe termijn voor de indiening van de offertes vast te stellen. In het faxbericht werd gepreciseerd, dat de indiening van offertes zolang werd opgeschort en de termijn werd uitgesteld.

9. Op 26 januari 1996 stelden TEAM en Kolprojekt bij het Gerecht beroep in tot nietigverklaring van de bestreden beschikking en van de litigieuze aanbesteding, tot vergoeding van de geleden schade en tot verwijzing van de Commissie in de kosten.

10. Bij faxbericht van 28 mei 1996 verzocht het Ministerie van Transport en Maritieme zaken van de Republiek Polen de Commissie, de studie betreffende het spoorwegknooppunt te Warschau uit het PHARE-programma PL 9406 te halen en te vervangen door andere, dringende spoorwegprojecten. Het Ministerie wees erop, dat de indiening van offertes sinds enige maanden was opgeschort en dat de studie niet kon worden uitgevoerd. Het wees tevens op externe factoren met betrekking tot de beoogde modernisering van het knooppunt, met name de verbetering van de spoorlijn E-20 tussen Warschau en Terespol en nieuwe prioritaire pre-investeringsactiviteiten op een andere lijn.

11. De adjunct-directeur-generaal van DG IA deelde het Poolse ministerie bij brief van 3 juni 1996 mee, dat de Commissie zijn verzoek had ingewilligd. Aangezien er geen reden meer was de aanbestedingsprocedure inzake de studie voort te zetten, zo lichtte hij toe, had de Commissie besloten de gehele procedure te annuleren op grond van artikel 23, lid 2, sub d, van de algemene voorschriften.

12. Eveneens bij brief van die dag stelde de directeur van het bevoegde directoraat TEAM en Kolprojekt in kennis van het

verzoek van het Poolse ministerie en van het daaropvolgende besluit van de Commissie om de gehele aanbestedingsprocedure te annuleren op grond van artikel 23, lid 2, sub d, van de algemene voorschriften.

13. Bij beschikking van 13 juni 1997 [4] heeft het Gerecht (Vierde kamer) op verzoek van de Commissie verklaard, dat op de vordering tot nietigverklaring niet behoefde te worden beslist, en dat het verzoek om niet-ontvankelijkverklaring van de vordering tot schadevergoeding werd gevoegd met de zaak ten gronde.

14. Nadat hij er bij memorie van repliek door TEAM's raadslieden van in kennis was gesteld, dat verzoekster Kolprojekt afstand van instantie deed, heeft de president van de Vierde kamer van het Gerecht bij beschikking van 8 mei 1998 [5] de naam van Kolprojekt doorgehaald in het register van het Gerecht.

Het arrest van het Gerecht

15. De kern van de beslissing van het Gerecht is vervat in de punten 68 tot en met 79 van het arrest. In het kort overwoog het Gerecht het volgende.

16. Om te beginnen was het Gerecht van oordeel [6] dat de lasten en kosten voor een inschrijver wegens zijn deelneming aan een aanbesteding in beginsel geen schade konden vormen die voor vergoeding in aanmerking kon komen, omdat in de eerste plaats de aanbestedende diensten krachtens het voor de aanbestedingsprocedure geldende artikel 23 van de algemene voorschriften de aanbestedingsprocedure konden beëindigen of annuleren zonder dat zulks enige aansprakelijkheid jegens de inschrijvers meebrengt, en in de tweede plaats in de instructies voor de inschrijvers in het aanbestedingsdossier van juni 1995 werd gepreciseerd, dat de aanbestedende dienst niet verplicht was de laagste offerte te accepteren of de opdracht toe te wijzen.

17. Vervolgens [7] onderzocht het Gerecht de kwesties van de onwettigheid en het causaal verband, aangezien artikel 23 geen toepassing kon vinden wanneer een schending van het gemeenschapsrecht in de loop van de aanbestedingsprocedure de kansen van een inschrijver om de opdracht in de wacht te slepen ongunstig had beïnvloed. Volgens het Gerecht had TEAM een dergelijke schending van het gemeenschapsrecht niet aangetoond en was de schrapping van de haalbaarheidsstudie uit het PHARE-programma PL 9406 (en de instemming met die schrapping door de Commissie overeenkomstig artikel 3, lid 2, van verordening nr. 3906/89), waarvan TEAM niet had aangetoond dat die in strijd was

4 — TEAM en Kolprojekt/Commissie (T-13/76, Jurispr. blz. II-983).

5 — Niet gepubliceerd in de Jurisprudentie.

6 — Punten 69 tot en met 71.

7 — Punten 72-75.

met het gemeenschapsrecht of was veroorzaakt door de gestelde handelwijze van de Commissie, er hoe dan ook de oorzaak van dat het niet meer mogelijk was om de opdracht in de wacht te slepen.

18. Daarna hield het Gerecht zich bezig met de gestelde schade als gevolg van de niet-toewijzing van de opdracht [8] en oordeelde het dat, aangezien TEAM niet zeker was van de toewijzing van de opdracht, het niet om een werkelijke en actuele, doch om een toekomstige en hypothetische schade ging. Wat de gestelde aantasting van haar goede naam betreft, was er geen causaal verband tussen een onrechtmatige handelwijze van de Commissie en de beweerdelijk daaruit voortvloeiende schade.

19. Het Gerecht verklaarde de schadevordering derhalve ongegrond. [9]

20. Het Gerecht sprak zich ook uit over twee documenten waarop TEAM zich ter terechtzitting trachtte te beroepen: een brief van 21 augustus 1995 van het Ministerie van Transport en Maritieme zaken van de Republiek Polen aan de Commissie en een vertrouwelijke versie van de notulen van een vergadering op 13 september 1995 te Brussel van vertegenwoordigers van de Commissie en van het ministerie betreffende de beoordeling van de in het kader van de aanbesteding van juni 1995 ingezonden offertes. Volgens het Gerecht waren die documenten van geen enkel belang voor de beslechting van het geding; voor het arrest liet het Gerecht die documenten dus buiten beschouwing. [10] Het Gerecht deed evenwel geen uitspraak over de door de Commissie tegen deze documenten opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid.

De middelen in hogere voorziening betreffende de gestelde schending van procedurevoorschriften door het Gerecht

21. TEAM's eerste twee middelen in hogere voorziening kunnen onder dit kopje worden samengevat. Volgens deze middelen zou het Gerecht bij zijn behandeling van de twee voormelde documenten zijn Reglement voor de procesvoering hebben geschonden, waardoor de belangen van TEAM zouden zijn geschaad.

De voorgeschiedenis van de twee betrokken documenten

22. Bij een op 11 mei 1998 verzonden schriftelijke vraag verzocht het Gerecht de Commissie krachtens artikel 64 van zijn Reglement voor de procesvoering om overlegging vóór 20 mei 1998 van de notulen, nota's en memoranda betreffende de bestreden beschikking en de litigieuze aanbesteding, alsmede van de tussen 13 juni en 4 december 1995 met de Poolse autoriteiten gevoerde briefwisseling over het verloop van de twee betrokken aanbestedin-

8 — Punten 76 en 77.
9 — Punt 78.
10 — Punt 79.

gen. Op 20 mei 1998 zond de Commissie de documenten naar het Gerecht met een begeleidend schrijven waarin zij stelde dat die documenten niet relevant waren voor het geding en hoe dan ook een vertrouwelijk karakter hadden, en verzocht zij het Gerecht dienvolgens deze niet bij het dossier te voegen of aan verzoekster mee te delen zonder eerst van haar verdere opmerkingen kennis te nemen. Op 4 juni 1998 zond het Gerecht de documenten terug naar de Commissie en verzocht het om een niet-vertrouwelijke versie daarvan. Dat verzoek beantwoordde de Commissie bij brief van 5 juni 1998, waarin zij verklaarde dat het niet aan haar stond documenten over te leggen die van de Poolse regering of autoriteiten afkomstig waren, en waarbij zij de andere documenten terugstuurde nadat daaruit alle vertrouwelijke gegevens waren geschrapt, en haar standpunt herhaalde dat de documenten hoe dan ook irrelevant waren voor het geding.

23. Op 12 juni 1998 stuurde het Gerecht de documenten naar TEAM. Daarbij was een brief van 21 augustus 1995 van het Ministerie van Transport en Maritieme zaken van de Republiek Polen aan de Commissie en een niet-vertrouwelijke versie van de notulen van een vergadering van 13 september 1995 te Brussel van vertegenwoordigers van de Commissie en van het ministerie betreffende de beoordeling van de in het kader van de aanbesteding van juni 1995 ingezonden offertes.

24. De brief van 21 augustus 1995 was een antwoord op een brief van 11 augustus 1995 van de Commissie, waarin deze verklaarde dat zij het beoordelingsrapport van de offertes (waarin TEAM en Kolprojekt werden aanbevolen) en het resultaat van de aanbestedingsprocedure niet kon goedkeuren, en erop wees dat, indien de Poolse autoriteiten de studie via PHARE wensten te blijven financieren, een nieuwe beoordeling moest plaatsvinden. In de brief van 21 augustus 1995 uitte het ministerie zijn verbazing over dit standpunt en verzocht het de Commissie om verduidelijking, doch erkende het dat de eindbeslissing over de keuze van de inschrijver aan wie de opdracht werd gegund, aan de Commissie was.

25. Blijkens de notulen van de vergadering van 13 september 1995, die was bijeengeroepen om het standpunt van de Commissie te verduidelijken, kwamen volgens de Commissie de twee offertes die gelijkelijk economisch het voordeligst waren, van andere ondernemingen dan TEAM, die op de derde plaats kwam. In een bijlage wordt dat standpunt gedetailleerd gemotiveerd en gestaafd door een tabel met de aan alle vijf inschrijvers voor verschillende criteria gegeven procentpunten.

26. Ter terechtzitting van 25 juni 1998 verzocht TEAM de twee documenten bij het dossier te voegen. Het Gerecht van eerste aanleg wees dat verzoek af, omdat het de documenten irrelevant achtte.

Samenvatting van de argumenten

27. TEAM merkt op dat zij in haar verzoekschrift van 26 januari 1996, dus twee en een half jaar vóór het formele verzoek van het Gerecht, dit voor het eerst had verzocht de Commissie te gelasten alle relevante notulen van vergaderingen en de betrokken briefwisseling over te leggen. Volgens TEAM is de handelwijze van het Gerecht een kennelijke schending van haar rechten van de verdediging, daar de overlegging van de documenten met buitensporige vertraging is gelast, toen zij geen schriftelijke opmerkingen meer kon maken en weinig tijd had om deze documenten met het oog op de terechtzitting te gebruiken.

28. Voorts zijn haar rechten van de verdediging nog ernstiger geschonden doordat het Gerecht heeft geweigerd de twee documenten in aanmerking te nemen: het Gerecht heeft beslist over vragen van groot belang voor de uitoefening van haar rechten van de verdediging, zoals de relevantie en de vertrouwelijkheid van de documenten, zonder TEAM in de gelegenheid te stellen haar standpunt te geven. Bovendien heeft het Gerecht ernstige procedurele fouten begaan door de documenten zonder motivering als irrelevant te beschouwen en ze buiten beschouwing te laten.

29. Verder heeft het Gerecht de bewijselementen verdraaid door te concluderen dat ze irrelevant waren voor de beslechting van het geschil: de documenten waren daarentegen relevant voor een juiste beoordeling van ten minste twee onderdelen van het beroep, namelijk de onregelmatigheid van de handelwijze van de Commissie en de beslissende rol die zij heeft gespeeld bij de wijziging van het verloop van de aanbestedingsprocedure en de verhindering van de voortzetting ervan.

30. Ten slotte, aldus TEAM, heeft het Gerecht zijn beslissing dat de documenten irrelevant waren, niet gemotiveerd, hetgeen op zich de vernietiging van het bestreden arrest rechtvaardigt.

31. De Commissie merkt op dat twee jaar en tien maanden zijn verstreken tussen de instelling van het beroep bij het Gerecht en de uitspraak van het arrest. Zij vestigt evenwel de aandacht op de ongebruikelijke aspecten van de zaak, namelijk dat het Gerecht zich heeft moeten uitspreken over feiten die zich na het begin van de procedure hebben voorgedaan, TEAM haar schadevordering pas in haar op 8 oktober 1997 (d.w.z. een jaar en tien maanden na de instelling van het beroep) ingediende repliek heeft gekwantificeerd en eerst op die datum aan het Gerecht kennis is gegeven van de wens van Kolprojekt afstand van instantie te doen. Het Gerecht heeft zich dus geen duidelijk beeld van de situatie kunnen vormen vóór de beëindiging van de schriftelijke behandeling, dat wil zeggen eind november 1997. In die omstandigheden kan niet worden gesteld, dat de maatregelen van instructie van mei 1998 met buitensporige of onbillijke vertraging zijn getroffen.

32. Aangaande de grief dat het Gerecht de weigering de documenten in aanmerking te nemen niet heeft gemotiveerd, stelt de Commissie dat punt 79 van het arrest, dat de uitdrukking „dat uit het voorgaande volgt" bevat en dus in samenhang met de punten 12 [11], 73, 74 en 75 moet worden gelezen, duidelijk van de aan de beslissing van het Gerecht ten grondslag liggende redenering doet blijken.

Analyse

33. TEAM verwijt in wezen het Gerecht: i) de overlegging van de documenten met buitensporige vertraging te hebben gelast; ii) te hebben beslist over vragen — namelijk de relevantie en de vertrouwelijkheid van de documenten — die van belang zijn voor haar rechten van de verdediging zonder haar te hebben gehoord; iii) ten onrechte te hebben geweigerd de documenten in aanmerking te nemen en bewijselementen te hebben verdraaid door te concluderen dat deze irrelevant waren, en iv) haar beslissing op dit punt niet te hebben gemotiveerd.

34. Ofschoon maatregelen op het gebied van de interne organisatie van het Gerecht over het algemeen niet onder het toezicht van het Hof vallen [12], kan de buitensporige lengte van de procedure voor het Gerecht een middel in hogere voorziening vormen. [13] In de onderhavige zaak staaft evenwel niets de bewering dat het Gerecht de overlegging van de documenten met onredelijke vertraging heeft gelast. Eerst bij beschikking van 13 juni 1997 heeft het Gerecht de beslissing over de exceptie van niet-ontvankelijkheid van de Commissie aangehouden tot aan de uitspraak ten gronde over de schadevordering. De maand daarop, in haar op 16 juli 1997 neergelegd verweerschrift, heeft de Commissie gewezen op het bestaan van een notariële akte waarbij de vertegenwoordigers van Kolprojekt de volmacht van hun advocaten (die ook voor TEAM optraden) hadden ingetrokken, en verklaard dat deze vertegenwoordigers de advocaten hadden verzocht niet meer namens Kolprojekt op te treden. Deze akte is vervolgens gevoegd bij de op 8 oktober 1997 door TEAM neergelegde repliek. In zijn beschikking van 8 mei 1998 heeft het Gerecht verklaard dat dit moest worden beschouwd als afstand van instantie in de zin van artikel 99 van zijn Reglement voor de procesvoering, en heeft het de naam van verzoekster Kolprojekt dus doorgehaald in het register van het Gerecht. Drie dagen later heeft het Gerecht de Commissie voor het eerst verzocht relevante documenten over te leggen. In voormelde omstandigheden kan de tijdsduur tussen de instelling van het beroep van TEAM en dit eerste verzoek niet als onredelijk of buitensporig worden beschouwd.

35. Aangaande de grieven over de wijze waarop het Gerecht tot zijn beslissing over de relevantie en vertrouwelijkheid van de documenten is gekomen, heeft het Hof meermaals geoordeeld dat het enkel aan

11 — Waarin het faxbericht van het Poolse Ministerie van Transport en Maritieme zaken wordt geresumeerd, waarbij de Commissie wordt verzocht de haalbaarheidsstudie uit het PHARE-programma te halen: zie punt 10 van deze conclusie.

12 — Beschikking Hof van 14 december 1995, Hogan/Hof van Justitie (C-173/95 P, Jurispr. blz. I-4905, punt 15).

13 — Arrest Hof van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie (C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417).

het Gerecht staat om te beoordelen welke waarde moet worden gehecht aan de hem voorgelegde bewijsmiddelen, en dat deze beoordeling geen rechtsvraag oplevert die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof, behoudens het geval van een verkeerde opvatting van dit bewijs. [14] Uit niets in het arrest van het Gerecht blijkt dat het dit bewijs verkeerd heeft opgevat.

36. Wat met name het argument inzake de vertrouwelijkheid betreft, staat het aan het Gerecht en meer bepaald aan de kamer waaraan de zaak is toegewezen, te beslissen op de door de partijen opgeworpen procesincidenten en, in het bijzonder, op de vragen die kunnen rijzen in verband met de mededeling van geheime of vertrouwelijke stukken aan de partijen. [15] Bovendien heeft het Gerecht hoe dan ook de vertrouwelijke versies onderzocht en irrelevant verklaard: aangezien die beslissing, zoals gezegd, niet vatbaar is voor hogere voorziening, blijft er mijns inziens geen afzonderlijk middel in hogere voorziening inzake vertrouwelijkheid over.

37. Wat de argumenten inzake de rechten van de verdediging van TEAM betreft, is het duidelijk dat TEAM in de gelegenheid was om opmerkingen te maken over deze twee documenten. Zij ontving bijna twee weken vóór de terechtzitting de brief en de niet-vertrouwelijke versie van de notulen; bovendien had zij, naar zij zelf toegeeft, inmiddels afschriften van de twee documenten verkregen, waaronder naar alle waarschijnlijkheid de vertrouwelijke versie van de notulen, die bij haar verzoekschrift in hogere voorziening is gevoegd.

38. Ten slotte, aldus TEAM, heeft het Gerecht zijn oordeel dat de documenten irrelevant waren, niet gemotiveerd. Weliswaar geldt voor het Gerecht het algemene beginsel dat iedere rechterlijke instantie verplicht is haar beslissingen te motiveren, door met name de redenen aan te geven waarom zij een formeel aangevoerde grief verwerpt [16], doch dit beginsel betekent niet dat het Gerecht elke beslissing inzake procedurele of bewijsvraagstukken moet motiveren. Krachtens dat beginsel moet het Gerecht ingaan op alle opgeworpen rechtsmiddelen, doch is het niet noodzakelijkerwijs gehouden alle aanvullende argumenten te onderzoeken. [17] Met name is het niet verplicht iedere beoordeling van bewijzen te motiveren: die beoordelingen zijn, zoals gezegd, feitelijke vaststellingen en geen beslissingen over rechtsvragen.

39. De door TEAM aangevoerde middelen in hogere voorziening betreffende de

14 — Zie bijvoorbeeld arrest van 16 september 1997, Blackspur DIY e.a./Raad en Commissie (C-362/95 P, Jurispr. blz. I-4775, punt 29).

15 — Beschikking Gerecht van 10 december 1997, NMH Stahlwerke e.a./Commissie (T-134/94, T-136/94—T-138/94, T-141/94, T-145/94, T-147/94, T-148/94, T-151/94, T-156/94 en T-157/94, Jurispr. blz. II-2293, punt 41).

16 — Arrest Hof van 1 oktober 1991, Vidrányi/Commissie (C-283/90 P, Jurispr. blz. I-4339, punt 29).

17 — Arrest Vidrányi/Commissie (reeds aangehaald, punt 31); zie ook conclusie van advocaat-generaal Van Gerven in de zaak Moritz/Commissie (arrest Hof van 17 december 1992, C-68/91 P, Jurispr. blz. I-6849, punt 7).

gestelde schending van procedurevoorschriften door het Gerecht, zijn dus ongegrond.

De middelen in hogere voorziening betreffende de uitlegging door het Gerecht van de door TEAM aangevoerde argumenten

40. Volgens TEAM heeft het Gerecht de in het verzoekschrift aangevoerde argumenten op twee punten onjuist uitgelegd, zodat het de juridische gevolgen ervan verkeerd heeft beoordeeld: het eerste punt betreft de beweerdelijk geleden schade en het tweede het causaal verband.

Het begrip voor vergoeding in aanmerking komende schade

41. In de eerste plaats kritiseert TEAM de vaststelling van het Gerecht dat de door haar gestelde schade, in het bijzonder de niet-toewijzing van de opdracht, alleen voor vergoeding in aanmerking kon komen indien zij een aanspraak op de opdracht had. In de schriftelijke en mondelinge behandeling heeft zij erop gewezen, dat de door haar geleden schade niet bestond in de niet-toewijzing van de opdracht, doch het gevolg was van een andere rechtssituatie. Het is een vaststaand beginsel dat bij onregelmatigheden in een aanbesteding een deelnemer die de voorgeschreven procedure heeft gevolgd, vergoeding kan vorderen zowel voor het verlies van kansen op toewijzing van de opdracht als voor de lasten en kosten in het kader van zijn deelneming aan de aanbesteding, ongeacht de concrete of potentiële uitkomst van de aanbestedingsprocedure. Dit beginsel gaat uit van de idee dat de inschrijver ten minste een kans heeft de opdracht te krijgen en dat hij juist met het oog op deze kans kosten maakt voor het opstellen van zijn offerte. Het Gerecht heeft haar argumenten inzake schade verkeerd geïnterpreteerd, waarbij het volledig is voorbijgegaan aan de aangevoerde rechtsbeginselen, en heeft dus in ernstige mate blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

42. De Commissie repliceert dat het Gerecht de vordering wegens het verlies van kansen op toewijzing van de opdracht wel degelijk heeft onderzocht en tot de conclusie is gekomen dat dit verlies niet te wijten was aan een schending van het gemeenschapsrecht door de Commissie, doch aan een handeling van de Poolse regering, namelijk het schrappen van de studie. TEAM heeft zulks overigens toegegeven in haar repliek voor het Gerecht, waarin zij verklaarde dat de beslissing van de Poolse autoriteiten af te zien van de studie, de gestelde schade zeker niet had opgeheven, doch deze definitief had gemaakt. Bovendien heeft het Gerecht beslist dat TEAM niet had aangetoond dat de Commissie het gemeenschapsrecht had geschonden.

43. De hogere voorziening van TEAM op dit punt is mijns inziens niet-ontvankelijk. In haar verzoekschrift voor het Gerecht splitst TEAM haar schadevordering in i) lasten en kosten, ii) schade als gevolg van de niet-toewijzing van de opdracht, en

iii) aantasting van haar goede naam. Deze formule wordt herhaald in haar antwoord van 8 augustus 1996 op het verzoek van de Commissie om afdoening zonder beslissing en in haar repliek van 8 oktober 1997, en bevestigd door de kwantificering van de schadevordering in deze twee documenten. Aldus lijkt TEAM voor het Gerecht daadwerkelijk vergoeding wegens de niet-toewijzing van de opdracht te hebben gevorderd. Een partij kan niet voor het eerst voor het Hof een middel aanvoeren dat zij niet voor het Gerecht heeft aangevoerd. [18] Dit middel in hogere voorziening is dus niet-ontvankelijk.

44. Dit middel in hogere voorziening is hoe dan ook ongegrond. Zoals TEAM zelf opmerkt, kan schade wegens verlies van kansen op toewijzing van een opdracht alleen ontstaan, wanneer de procedure niet regelmatig verliep. Zoals blijkt uit punt 69 van het arrest van het Gerecht, kan de aanbestedende dienst krachtens artikel 23, lid 1, van de algemene voorschriften vóór de toewijzing van de opdracht, zonder dat zulks enige aansprakelijkheid jegens de inschrijvers meebrengt, besluiten de aanbestedingsprocedure te beëindigen of te annuleren, of gelasten dat de procedure, indien nodig, op gewijzigde voorwaarden wordt overgedaan. Deze bepaling kan, zoals het Gerecht aangeeft, niet een handelwijze van de Commissie rechtvaardigen, die in strijd is met het rechtzekerheids- en het vertrouwensbeginsel. In casu wijst evenwel niets op schending van deze beginselen. Er is bijvoorbeeld geen bewijs voor, dat TEAM, om met het Gerecht in het arrest Embassy Limousines & Services/Parlement [19] te spreken, „door de aanbestedende instelling [werd] aangemoedigd om vooruitlopend daarop onomkeerbare investeringen te doen en dus om grotere risico's aan te gaan dan inherent zijn aan (...) het doen van een aanbieding, [zodat] dit de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap [kan] meebrengen". Ik zie dus geen reden om aan het oordeel van het Gerecht te twijfelen, dat TEAM geen schending van het gemeenschapsrecht door de Commissie heeft aangetoond.

Onjuiste analyse van het causaal verband

45. Volgens TEAM heeft het Gerecht het bestaan van een causaal verband onjuist geanalyseerd, omdat het arrest ervan uitgaat dat de gestelde schade niet te wijten is aan onregelmatige handelingen of gedragingen van de Commissie, doch veeleer aan de door de Poolse autoriteiten autonoom besloten intrekking van het project. Volgens TEAM is deze conclusie om twee redenen onjuist: in de eerste plaats is de gestelde schade te wijten aan handelingen en gedragingen van de Commissie bij de uitvoering van de aanbestedingsprocedure en heeft zij niets van doen met latere beslissingen van de Poolse autoriteiten, en in de tweede plaats zijn deze beslissingen

18 — Arrest Hof van 1 juni 1994, Commissie/Brazzelli Lualdi e.a. (C-136/92 P, Jurispr. blz. I-1981, punt 59).

19 — Arrest van 17 december 1998, T-203/96, Jurispr. blz. II-4239.

hoe dan ook geheel of gedeeltelijk veroorzaakt door de onregelmatige handelwijze van de Commissie.

46. Op basis van het arrest Embassy Limousines & Services/Parlement [20] stelt TEAM, dat de Commissie met haar weigering, de aanbeveling van de beoordelingscommissie te volgen, onrechtmatig heeft gehandeld. Het Gerecht had dus tot de slotsom moeten komen dat de gestelde schade (verlies van kansen alsook lasten en kosten) het rechtstreekse gevolg van de handelingen van de Commissie was en met de latere beslissing van de Poolse regering niets van doen had. Bovendien lijkt de vaststelling van het Gerecht dat de intrekking niet aan de beweerde handelwijze van de Commissie was toe te schrijven, niet gerechtvaardigd, omdat voor de beslissing van de Poolse autoriteiten het project in te trekken vooral de vertraging bij de toewijzing van de opdracht doorslaggevend was geweest, die enkel en alleen aan de onrechtmatige handelwijze van de Commissie was te wijten.

47. Volgens de Commissie bleek uit de opneming in de litigieuze aanbesteding van de verplichting voor de inschrijver aan wie de opdracht werd gegund, om samen te werken met Kolprojekt en van de bepaling dat voor de deelneming van die vennootschap een bedrag was uitgetrokken dat overeenkwam met 25 % van de financiële offerte, dat deze wezenlijk verschilde van de aanbesteding van juni 1995. Deze aanvullingen, die de economische inhoud en de werkmethoden van het aanbestede project sterk hebben gewijzigd, zijn op uitdrukkelijk verzoek van de Poolse regering toegevoegd. In het arrest Embassy Limousines & Services/Parlement ging het volgens de Commissie om iets anders, aangezien het Parlement in die zaak door zijn handelwijze een gewettigd vertrouwen had gewekt dat tot niet-contractuele aansprakelijkheid kon leiden. In elk geval heeft het Gerecht in die zaak verklaard, dat de kosten voor de voorbereiding van de offerte ten laste blijven van de onderneming die heeft besloten aan de procedure deel te nemen, daar de mogelijkheid om mee te dingen naar een opdracht niet de zekerheid van de daaruit voortvloeiende gunning van de opdracht inhoudt [21], en dat verzoekster geen vergoeding voor gederfde winst kan eisen, aangezien dit zou betekenen dat gevolgen werden verbonden aan een contract dat nooit heeft bestaan. [22] Dit beginsel dient a fortiori in casu te gelden, daar het contract niet alleen nooit heeft bestaan, maar ook niet meer tot stand kon komen, aangezien de Poolse regering het project had ingetrokken.

48. Dit middel in hogere voorziening bestaat uit twee onderscheiden, doch verwante aspecten: in de eerste plaats het argument, dat de gestelde schade is veroorzaakt door de onregelmatige handelingen en verzuimen van de Commissie en niet, zoals het Gerecht heeft verklaard, door de beslissing van de Poolse regering tot intrekking van de studie en in de tweede plaats het argument dat die beslissing in elk geval vooral was ingegeven door de onregelmatige handelwijze van de Commissie.

20 — Aangehaald in voetnoot 19.

21 — Punt 75 van het arrest.

22 — Punt 96 van het arrest.

49. Mijns inziens zijn de vaststellingen van het Gerecht inzake het causale verband feitelijke vaststellingen en als zodanig niet vatbaar voor hogere voorziening. Ook al was zulks niet het geval en was de gestelde schade of de beslissing van de Poolse autoriteiten het gevolg van de wijze waarop de Commissie de aanbestedingsprocedure heeft uitgevoerd, ik denk niet dat de uitkomst verschillend zou zijn geweest of had kunnen zijn aangezien, zoals gezegd, niets wijst op een onrechtmatige handelwijze van de Commissie.

50. Geen enkel middel in hogere voorziening kan dus slagen.

Conclusie

51. Mitsdien geef ik het Hof in overweging:

i) de hogere voorziening af te wijzen;

ii) TEAM te verwijzen in de kosten.