ARREST VAN HET GERECHT (Eerste kamer)

13 december 2013 *

„Overheidsopdrachten voor diensten — Aanbestedingsprocedure — Diensten van bijstand bij ontwikkelen van informatica-infrastructuur en e-overheidsdiensten in Albanië — Afwijzing van offerte van inschrijver — Transparantie — Motiveringsplicht”

In zaak T-165/12,

European Dynamics Luxembourg SA, gevestigd te Ettelbrück (Luxemburg),

Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, gevestigd te Athene (Griekenland),

vertegenwoordigd door V. Christianos, advocaat,

verzoeksters,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door P. van Nuffel en M. Konstantinidis als gemachtigden,

verweerster,

betreffende een verzoek tot nietigverklaring van besluit CMS/cms D(2012)/00008 van de Commissie van 8 februari 2012 tot afwijzing van verzoeksters’ offerte in het kader van de niet-openbare aanbesteding EuropeAid/131431/C/SER/AL,

wijst

HET GERECHT (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: S. Frimodt Nielsen, waarnemend voor de president, M. Kancheva (rapporteur) en E. Buttigieg, rechters,

griffier: S. Spyropoulos, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 11 juni 2013,

het navolgende

* Procestaal: Grieks.

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1 Verzoeksters, European Dynamics Luxembourg SA en Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, zijn een te Ettelbrück (Luxemburg) gevestigde vennootschap naar Luxemburgs recht respectievelijk een te Athene (Griekenland) gevestigde vennootschap naar Grieks recht.

2 Op 11 mei 2011 is in de elektronische versie van het *Publicatieblad van de Europese Unie* (PB S 90) een vooraankondiging van de openbare aanbesteding EuropeAid/131431/C/SER/AL (hierna: „openbare aanbesteding") bekendgemaakt. Op 19 juli 2011 is in de elektronische versie van het *Publicatieblad van de Europese Unie* (PB S 136) een aankondiging van de opdracht met betrekking tot de openbare aanbesteding (hierna: „aankondiging van de opdracht") bekendgemaakt.

3 De openbare aanbesteding had betrekking op diensten van bijstand aan het Albanese ministerie van Innovatie en Informatie- en communicatietechnologie en het Albanese Nationaal Agentschap voor de informatiemaatschappij bij het ontwikkelen van informatica-infrastructuur en e-overheidsdiensten in Albanië. De periode die oorspronkelijk voor de uitvoering van de opdracht was voorzien, bedroeg 18 maanden en de maximumbegroting bedroeg 2 400 000 EUR.

4 De openbare aanbesteding past in het kader van het instrument voor pretoetredingssteun, dat is ingesteld en geregeld bij verordening (EG) nr. 1085/2006 van de Raad van 17 juli 2006 tot invoering van een instrument voor pretoetredingssteun (IPA) (PB L 210, blz. 82).

5 Het IAP heeft tot doel bijstand te verlenen aan verschillende landen, waaronder Albanië, opdat zij zich geleidelijk aanpassen aan de normen en het beleid van de Europese Unie, evenals het acquis van de Unie, met het oog op hun toekomstige toetreding. Die bijstand wordt met name verleend door middel van de uitschrijving en de gunning door de Europese Commissie van overheidsopdrachten voor diensten. Degenen aan wie die opdrachten worden gegund, verstrekken die diensten aan het begunstigde land, in casu Albanië.

6 De aanbestedende dienst was de Unie, vertegenwoordigd door de Commissie, die optrad namens en voor rekening van het begunstigde land, Albanië.

7 De opdracht moest worden gegund aan de economisch voordeligste offerte in het kader van een niet-openbare procedure in twee fasen, te weten de voorselectie en de gunning.

8 De belanghebbenden hadden tot 2 september 2011 tijd om hun kandidatuur voor de voorselectie in te dienen, samen met bepaalde gegevens waaruit hun financiële draagkracht, technische bekwaamheid en vakbekwaamheid voor de uitvoering van de opdracht bleken. Na de beoordeling van de inschrijvingen moest het beoordelingscomité een lijst opmaken van in aanmerking komende gegadigden, bestaande uit vier tot acht gegadigden die als enigen door de Commissie voor de tweede fase van de procedure, te weten de gunning van de opdracht, zouden worden uitgenodigd.

9 Op 30 augustus 2011 hebben verzoeksters een inschrijvingsdossier ingediend om deel te nemen aan de openbare aanbesteding in de vorm van een consortium met Performance SA.

10 Bij brief van 12 oktober 2011 heeft de Commissie European Dynamics Luxembourg, als leidster van het consortium, meegedeeld dat de offerte van het consortium de fase van de voorselectie met succes had doorlopen. De contractuele documenten waarin het verloop van de gunningsfase werd verduidelijkt, waren bij die brief gevoegd.

11 Die documenten omvatten de „Instructies voor de inschrijvers", de „Ontwerpovereenkomst en bijzondere voorwaarden" en de zes bijlagen erbij, te weten „Algemene voorwaarden voor dienstenovereenkomsten", „Technisch bestek", „Organisatie en werkwijze", „Hoofddeskundigen", „Begroting" en „Formulieren en andere relevante documenten". Die documenten omvatten ook andere informatie, zoals het „beoordelingsschema" met de gunningscriteria en het formulier voor de indiening van de offerte.

12 Overeenkomstig punt 12 van de instructies voor de inschrijvers verliep de beoordeling van de offerten in twee opeenvolgende fasen, te weten de beoordeling van de technische offerte en vervolgens de beoordeling van de financiële offerte.

13 De beoordeling van de technische offerte was gebaseerd op het beoordelingsschema met de gunningscriteria en de weging ervan. Zo konden voor het eerste criterium, „Organisatie en werkwijze", maximaal 70 punten worden behaald. Het bestond uit drie subcriteria, namelijk „beredeneerde analyse van de uitvoering van de opdracht", „strategie" en „tijdschema van de activiteiten". Het tweede criterium, „Hoofddeskundigen", betrof het kunnen van drie deskundigen met verschillende specialisaties. De eerste deskundige was de „teamleider", de tweede deskundige was de „deskundige inzake elektronische documenten en het elektronische archiveringssysteem" en de derde deskundige was de „portaldeskundige". Het maximumaantal punten dat aan elke deskundige kon worden toegekend, was veertien voor de teamleider, acht voor de deskundige inzake elektronische documenten en het elektronische archiveringssysteem en acht voor de portaldeskundige, of in totaal 30 punten. Elk van die deskundigen moest worden beoordeeld op basis van drie subcriteria, namelijk „kwalificaties en competenties", „algemene beroepservaring" en „bijzondere beroepservaring".

14 De beoordeling van de financiële offerte, die afhankelijk was van het behalen van een gemiddelde van ten minste 80 punten bij de beoordeling van de technische offerte, kon 20 extra punten opleveren.

15 Blijkens punt 12.4 van de instructies voor de inschrijvers is de volledige beoordelingsprocedure vertrouwelijk, onder voorbehoud van de wettelijke regeling van de aanbestedende dienst inzake de toegang tot documenten. De beslissingen van het beoordelingscomité worden collectief genomen, de beraadslagingen vinden plaats achter gesloten deuren en de leden van het beoordelingscomité zijn gebonden door de geheimhoudingsplicht. Dat punt bepaalt voorts dat de beoordelingsverslagen en de schriftelijke verslagen in het bijzonder uitsluitend voor officieel gebruik bestemd zijn en aan de inschrijvers noch aan een andere partij dan de aanbestedende dienst, de Commissie, het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF) en de Rekenkamer van de Europese Unie kunnen worden meegedeeld.

16 Ingevolge punt 8 van de instructies voor de inschrijvers moesten de offerten uiterlijk op 30 november 2011 worden ingediend.

17 Verzoeksters hebben hun technische offerte en hun financiële offerte binnen de gestelde termijn ingediend.

18 Bij brief van 8 februari 2012 heeft de Commissie European Dynamics Luxembourg, als leidster van het consortium, het volgende meegedeeld:

— de offerte van het consortium is niet gekozen, omdat zij niet de economisch voordeligste technisch ontvankelijke offerte was;

— het beoordelingscomité heeft aanbevolen om de markt aan het consortium bestaande uit CSI-Piemonte en Infosoft Systems Sha te gunnen;

— het consortium kan tegen dat besluit opkomen overeenkomstig punt 2.4.15 van de praktische gids voor opdrachtprocedures in het kader van externe procedures van de Commissie (hierna: „praktische gids").

19 Die brief bevatte ook een tabel met de door verzoeksters respectievelijk degene aan wie de opdracht was gegund behaalde totaalscore, evenals hun cijfers voor de financiële offerte en de technische offerte. Aangaande de technische offerte bevatte de tabel de cijfers die verzoeksters en degene aan wie de opdracht was gegund, hadden behaald voor de criteria „Organisatie en werkwijze", „hoofddeskundige nr. 1", „hoofddeskundige nr. 2" en „hoofddeskundige nr. 3".

20 Bij brief van 10 februari 2012 hebben verzoeksters de Commissie verzocht hun met name de volgende informatie te verstrekken:

— een kopie van het gedetailleerde verslag van het beoordelingscomité en de samenstelling van dat comité;

— de sterke en de zwakke punten van hun offerte met betrekking tot de organisatie en de werkwijze in vergelijking met de offerte van degene aan wie de opdracht was gegund;

— de precieze cijfers die hun offerte en de offerte van degene aan wie de opdracht was gegund, hadden behaald voor elk van de subcriteria van de beoordelingscriteria „Organisatie en werkwijze" en „Hoofddeskundigen", evenals de motivering van die cijfers.

21 Bij brief van 21 februari 2012 heeft de Commissie meegedeeld dat zij niet meer informatie kon verstrekken over degene aan wie de opdracht was gegund, aangezien die informatie vertrouwelijk was en uitsluitend voor professioneel gebruik was bestemd. In die brief heeft de Commissie ook meegedeeld dat het verslag van het beoordelingscomité (hierna: „beoordelingsverslag") aan de inschrijvers noch aan een andere partij dan de gemachtigde diensten van de aanbestedende dienst, de Commissie en de toezichthouders kon worden meegedeeld. Dienaangaande heeft zij verzoeksters gewezen op punt 3.3.10.5 van de praktische gids. Voorts heeft de Commissie onder verwijzing naar verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (PB L 145, blz. 43) gepreciseerd dat de namen van de leden van het beoordelingscomité niet openbaar konden worden gemaakt om redenen van privacybescherming en bescherming van de integriteit van personen.

22 De brief van de Commissie van 21 februari 2012 bevatte ook een tabel met de gemiddelde cijfers die verzoeksters' technische offerte had behaald voor de subcriteria „beredeneerde analyse van de uitvoering van de opdracht", „strategie" en „tijdschema van de activiteiten" van het criterium „Organisatie en werkwijze", en de subcriteria „kwalificaties en competenties", „algemene beroepservaring" en „bijzondere beroepservaring" van het criterium „Hoofddeskundigen".

23 Aangaande de motivering van de in die tabel opgenomen cijfers heeft de Commissie in diezelfde brief gepreciseerd dat de drie subcriteria van het criterium „Organisatie en werkwijze" als volgt werden beoordeeld:

— beredeneerde analyse van de uitvoering van de opdracht: „zwak algemeen advies over hoofdproblemen, niet goed gedefinieerde risicoanalyse en beperking";

— strategie: „zeer gedetailleerde lijst van activiteiten en zeer sterke lijst van ondersteuningsdeskundigen. Zeer concurrerende overeenkomst inzake het dienstverleningsniveau";

— tijdschema van de activiteiten: „goed algemeen tijdschema van de activiteiten".

24 Aangaande de motivering van de voor de deskundigen toegekende cijfers heeft de Commissie meegedeeld: „de ervaring, het opleidingsniveau en de taalvaardigheden van uw teamleider, de deskundige inzake elektronische documenten en het elektronische archiveringssysteem en de portaldeskundige zijn als volgt beoordeeld: ‚goed algemeen profiel'".

25 Op 21 maart 2012 hebben verzoeksters bij de Commissie een confirmatief verzoek in de zin van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1049/2001 ingediend om hen in kennis te stellen van de samenstelling van het beoordelingscomité en hun een kopie te verstrekken van het gedetailleerde beoordelingsverslag met hun vergelijkende beoordeling en die van degene aan wie de opdracht was gegund voor elk beoordelingscriterium.

Procesverloop en conclusies van partijen

26 Bij op 11 april 2012 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift hebben verzoeksters het onderhavige beroep ingesteld.

27 Bij op 19 juni 2012 ter griffie van het Gerecht neergelegde akte heeft de Commissie haar verweerschrift ingediend.

28 In de loop van het geding heeft de Commissie bij brief van 25 juli 2012 deels gevolg gegeven aan het door verzoeksters ingediende confirmatief verzoek om toegang tot documenten. Zo heeft de Commissie verzoeksters het beoordelingsverslag en zeven andere bij dat verslag gevoegde documenten doen toekomen, te weten de presentielijsten, de notulen van de voorbereidende vergadering van het beoordelingscomité, het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen, het beoordelingsschema, de commentaren op elke offerte, de briefwisseling met de inschrijvers en het schema over de naleving van de administratieve voorschriften. De Commissie heeft echter meegedeeld dat zij in alle betrokken documenten bepaalde informatie had weggelaten om redenen van privacybescherming en bescherming van de integriteit van het individu op grond van artikel 4, lid 1, sub b, van verordening nr. 1049/2001. De Commissie heeft ook meegedeeld dat zij in het beoordelingsverslag, het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen, het beoordelingsschema, de commentaren op elke offerte en de briefwisseling met de inschrijvers om redenen van bescherming van de commerciële belangen andere informatie had weggelaten overeenkomstig artikel 4, lid 2, van verordening nr. 1049/2001.

29 Verzoeksters en de Commissie hebben op 20 augustus respectievelijk 12 oktober 2012 de repliek en de dupliek neergelegd.

30 Verzoeksters concluderen dat het het Gerecht behage:

— het besluit van de Commissie tot afwijzing van hun offerte in het kader van de litigieuze openbare aanbesteding nietig te verklaren;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

31 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoeksters te verwijzen in de kosten.

In rechte

32 Ter ondersteuning van hun beroep voeren verzoeksters drie middelen aan. Het eerste middel betreft schending van het transparantiebeginsel en het evenredigheidsbeginsel, doordat de Commissie verzoeksters geen toegang heeft verleend tot het beoordelingsverslag waarop het bestreden besluit is gebaseerd. Het tweede middel betreft schending van de motiveringsplicht met betrekking tot de cijfers die zijn behaald door verzoeksters' offerte en de offerte van degene aan wie de opdracht is gegund, enerzijds, en de kenmerken en voordelen van de offerte van laatstgenoemde, anderzijds. Het derde middel betreft in wezen schending van het algemene beginsel volgens welk de contractuele documenten niet mogen worden gewijzigd in de loop van de aanbestedingsprocedure, doordat de Commissie blijkens haar beoordelingsverslag van 25 juli 2012 verzoeksters' offerte heeft beoordeeld op basis van niet in de contractuele documenten voorziene subcriteria.

Eerste middel: schending van het transparantiebeginsel en het evenredigheidsbeginsel

33 Het eerste middel bestaat uit twee onderdelen. Het eerste onderdeel betreft schending van het transparantiebeginsel en het tweede schending van het evenredigheidsbeginsel.

Schending van het transparantiebeginsel

34 Verzoeksters betogen in wezen dat de Commissie het transparantiebeginsel van artikel 15 VWEU en artikel 298 VWEU, alsmede artikel 89, lid 1, van verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 van de Raad van 25 juni 2002 houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen (PB L 248, blz. 1; hierna: „financieel reglement") heeft geschonden door te weigeren hun in haar brief van 21 februari 2012 een kopie van het beoordelingsverslag te verstrekken. Die weigering wordt niet gerechtvaardigd door de praktische gids, noch door het financieel reglement en verordening (EG, Euratom) nr. 2342/2002 van de Commissie van 23 december 2002 tot vaststelling van uitvoeringsvoorschriften van het financieel reglement (PB L 357, blz. 1; hierna: „uitvoeringsverordening"), en zelfs niet door de instructies voor de inschrijvers.

35 Dienaangaande betogen verzoeksters allereerst dat punt 3.3.10.5 van de praktische gids, volgens hetwelk het beoordelingsverslag aan de inschrijvers noch aan een andere partij dan de gemachtigde diensten van de aanbestedende dienst, de Commissie en de toezichthouders kan worden meegedeeld, slechts een informatief karakter heeft.

36 Voorts stellen verzoeksters dat artikel 100, lid 2, van het financieel reglement en artikel 149, lid 3, van de uitvoeringsverordening niet uitputtend regelen welke gegevens aan de inschrijvers moeten worden meegedeeld. De Commissie kan haar weigering om verzoeksters het beoordelingsverslag mee te delen dus niet op grond van die bepalingen rechtvaardigen. In ieder geval kan de Commissie op grond van die bepalingen niet afwijken van een beginsel met de rang van primair recht zoals het transparantiebeginsel.

37 Ten slotte betogen verzoeksters dat de weigering van de Commissie om hun het beoordelingsverslag te doen toekomen, niet gerechtvaardigd wordt door punt 12.4 van de instructies voor de inschrijvers. Die bepaling is immers tegenstrijdig, aangezien zij zich verzet tegen de mededeling van het beoordelingsverslag aan de inschrijvers, maar bepaalt dat de beoordelingsprocedure is onderworpen aan de wettelijke regeling inzake de toegang tot documenten, waarin vaste vorm is gegeven aan het transparantiebeginsel.

38 De Commissie betwist dit betoog.

39 Vooraf zij opgemerkt dat het eerste middel geen betrekking heeft op een eventuele schending van verordening nr. 1049/2001, waarvan artikel 8 aangeeft in welke omstandigheden een in een lidstaat gevestigde rechtspersoon beroep in rechte kan instellen tegen de instelling die hem de krachtens diezelfde verordening gevraagde toegang tot een document weigert, maar alleen de vraag betreft of, in het kader van de betrokken procedure voor de gunning van de overheidsopdracht, de niet-verstrekking van een kopie van het beoordelingsverslag aan verzoeksters in strijd is met de verschillende door laatstgenoemden aangevoerde bepalingen, te weten artikel 15 VWEU en artikel 298 VWEU, alsmede artikel 89, lid 1, van het financieel reglement. Aangezien verzoeksters' grieven met betrekking tot de niet-mededeling van het beoordelingsverslag ook aldus kunnen worden uitgelegd dat zij in feite betrekking hebben op een ontoereikende motivering, zullen zij echter in het kader van het tweede middel worden onderzocht.

40 In ieder geval is het Gerecht van oordeel dat het argument van de Commissie dat op 27 juli 2012 een kopie van het beoordelingsverslag aan verzoeksters is verstrekt ingevolge hun confirmatief verzoek krachtens verordening nr. 1049/2001, meteen moet worden verworpen.

41 Dienaangaande zij opgemerkt dat verzoeksters, zoals blijkt uit hun brief van 10 februari 2012, na de kennisgeving van het bestreden besluit de Commissie hebben verzocht hun op grond van de Unierechtelijke bepalingen inzake overheidsopdrachten het beoordelingsverslag te doen toekomen, hetgeen de Commissie blijkens haar brief van 21 februari 2012 heeft geweigerd.

42 Voorts zij opgemerkt dat de Commissie, zoals blijkt uit haar brief van 25 juli 2012, aan verzoeksters, in antwoord op hun confirmatieve verzoeken van 21 maart en 25 april 2012 om toegang tot de documenten op grond van verordening nr. 1049/2001, een versie van het beoordelingsverslag heeft verstrekt waaruit bepaalde zogenaamd vertrouwelijke informatie was geschrapt.

43 Gelet op het autonome karakter van de procedures van verordening nr. 1049/2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten en van het financieel reglement inzake overheidsopdrachten, heeft de omstandigheid dat de Commissie in casu verzoeksters' verzoek om toegang tot het beoordelingsverslag heeft ingewilligd, geen gevolgen voor de eventuele vaststelling van een schending van het transparantiebeginsel door de niet-mededeling van dat verslag in het kader van de betrokken aanbestedingsprocedure.

44 Aangaande een dergelijke schending zij eraan herinnerd dat volgens artikel 89, lid 1, van het financieel reglement bij „alle geheel of gedeeltelijk door de begroting [van de Unie] gefinancierde overheidsopdrachten […] het transparantiebeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het beginsel van gelijke behandeling en het beginsel van non-discriminatie in acht [worden] genomen".

45 Volgens vaste rechtspraak moet de aanbestedende dienst dan ook in elke fase van een aanbestedingsprocedure erop toezien dat het beginsel van gelijke behandeling wordt geëerbiedigd en dat bijgevolg alle inschrijvers gelijke kansen hebben (arrest Hof van 29 april 2004, Commissie/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Jurispr. blz. I-3801, punt 108; arresten Gerecht van 17 december 1998, Embassy Limousines & Services/Parlement, T-203/96, Jurispr. blz. II-4239, punt 85, en 17 maart 2005, AFCon Management Consultants e.a./Commissie, T-160/03, Jurispr. blz. II-981, punt 75).

46 Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, dat is gericht op het bevorderen van een gezonde en doeltreffende mededinging tussen de ondernemingen die deelnemen aan een openbare aanbestedingsprocedure, eist dat alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen bij het formuleren van hun offerten, en impliceert dus dat voor deze offerten dezelfde voorwaarden gelden voor alle inschrijvers (zie in die zin arresten Hof van 18 oktober 2001, SIAC Construction, C-19/00, Jurispr. blz. I-7725, punt 34, en 12 december 2002, Universale-Bau e.a., C-470/99, Jurispr. blz. I-11617, punt 93).

47 Uit de rechtspraak blijkt ook dat het beginsel van gelijke behandeling verplicht tot transparantie, opdat de naleving ervan zou kunnen worden gecontroleerd (arrest Hof van 18 juni 2002, HI, C-92/00, Jurispr. blz. I-5553, punt 45, en arrest Universale-Bau e.a., punt 46 supra, punt 91).

48 Dit transparantiebeginsel heeft in wezen tot doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure duidelijk, precies en ondubbelzinnig worden geformuleerd in de aankondiging van de opdracht of in het bestek (arrest Commissie/CAS Succhi di Frutta, punt 45 supra, punt 111).

49 Het transparantiebeginsel eist dus dat alle technische informatie die relevant is voor een goed begrip van de aankondiging van de opdracht of van het bestek, zo snel mogelijk ter beschikking wordt gesteld van alle aan een openbare aanbestedingsprocedure deelnemende ondernemingen, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en ze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om na te gaan of de offerten van de inschrijvers daadwerkelijk beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn (arrest Gerecht van 19 maart 2010, Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-50/05, Jurispr. blz. II-1071, punt 59).

50 Opgemerkt zij dat, zoals blijkt uit artikel 147 van de uitvoeringsverordening, het beoordelingsverslag niet tot doel heeft om alle voorwaarden en regels voor de gunningsprocedure uiteen te zetten, maar om het resultaat van de beoordeling door het beoordelingscomité weer te geven. In dit verband bevat het beoordelingsverslag met name de naam van de uitgesloten inschrijvers, de reden voor afwijzing van hun offerte, evenals de naam van de voorgestelde contractant en de rechtvaardiging voor die keuze. Het definitieve besluit over de gunning van de opdracht wordt vervolgens overeenkomstig artikel 147, lid 3, van de uitvoeringsverordening door de aanbestedende dienst genomen en moet voldoen aan de eisen die in de rechtsorde van de Unie aan de motivering worden gesteld.

51 In casu heeft de weigering van de Commissie om het beoordelingsverslag in de loop van de precontentieuze procedure mee te delen bijgevolg niet geleid tot ongelijke kansen voor verzoeksters en de andere inschrijvers bij het opstellen van het in hun offerten gedane voorstel, hetgeen in het licht van de in de punten 45 tot en met 49 supra aangehaalde rechtspraak in strijd zou zijn met het transparantiebeginsel.

52 Uit een en ander volgt dat het eerste onderdeel van het eerste middel ongegrond moet worden verklaard.

Schending van het evenredigheidsbeginsel

53 Verzoeksters betogen in wezen dat de volledige en absolute weigering van de Commissie om enig onderdeel van het beoordelingsverslag mee te delen, ook in strijd is met het evenredigheidsbeginsel.

54 De Commissie betwist dit betoog.

55 Dienaangaande moet meteen worden opgemerkt dat dit onderdeel van het eerste middel door verzoeksters voor het eerst in repliek is aangevoerd, en derhalve moet worden geacht nieuw en dus niet-ontvankelijk te zijn overeenkomstig artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, aangezien verzoeksters die late aanvoering niet hebben gerechtvaardigd met gegevens, feitelijk en rechtens, die tijdens de procedure aan het licht zijn gekomen.

56 Bijgevolg moet het eerste middel gedeeltelijk ongegrond en gedeeltelijk niet-ontvankelijk worden verklaard.

Tweede middel: schending van de motiveringsplicht

57 Verzoeksters verwijten de Commissie in wezen dat zij hun geen mededeling heeft gedaan van de cijfers die de technische offerte van degene aan wie de opdracht is gegund, heeft behaald voor elk subcriterium van het beoordelingsschema (zie punt 13 supra) en de rechtvaardiging ervan, enerzijds, en de rechtvaardiging van de aan hun eigen technische offerte toegekende cijfers voor de negen subcriteria van het tweede beoordelingscriterium „Hoofddeskundigen", anderzijds. Volgens verzoeksters is de Commissie derhalve haar verplichting om een afgewezen inschrijver op zijn schriftelijk verzoek in kennis te stellen van de kenmerken en de voordelen van de gekozen offerte en dus de verplichting tot motivering van het bestreden besluit niet nagekomen.

58 De Commissie betoogt dat het bestreden besluit toereikend gemotiveerd was ten aanzien van de eisen van artikel 100, lid 2, van het financieel reglement en artikel 149, lid 3, van de uitvoeringsverordening.

59 Voor zover verzoeksters met hun grieven in het kader van het eerste middel stellen dat de Commissie hun het beoordelingsverslag moest doen toekomen, zij vooraf opgemerkt dat de Commissie in het kader van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten als enige verplichting in dit opzicht heeft om inschrijvers op hun verzoek, door middel van dat of een ander document, in kennis te stellen van de kenmerken en de voordelen van de gekozen offerte, evenals van de naam van degene aan wie de opdracht is gegund.

60 De Commissie beschikt immers, net als de andere instellingen, over een aanzienlijke beoordelingsvrijheid ten aanzien van de omstandigheden die zij in aanmerking neemt bij een besluit inzake de gunning van een opdracht. De rechterlijke toetsing van de uitoefening van die beoordelingsvrijheid beperkt zich derhalve tot de controle of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn vastgesteld, en of er geen sprake is van een kennelijke beoordelingsfout of misbruik van bevoegdheid (arrest Gerecht van 6 juli 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium/Commissie, T-148/04, Jurispr. blz. II-2627, punt 47; zie in die zin arrest Hof van 23 november 1978, Agence européenne d'intérims/Commissie, 56/77, Jurispr. blz. 2215, punt 20).

61 Voorts is het in gevallen waarin een instelling over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt, van des te groter fundamenteel belang dat de door de rechtsorde van de Unie in administratieve procedures geboden waarborgen worden nageleefd. Tot die waarborgen behoort met name de verplichting voor de bevoegde instelling om haar beschikkingen toereikend te motiveren. Enkel dan is de Unierechter in staat om te toetsen of voldaan is aan alle feitelijke en juridische vereisten waarvan de uitoefening van de beoordelingsvrijheid afhangt (arrest Hof van 21 november 1991, Technische Universität München, C-269/90, Jurispr. blz. I-5469, punt 14, en arrest Gerecht van 9 september 2010, Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-387/08, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 31).

62 Voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor diensten is aan de motiveringsplicht vaste vorm gegeven in artikel 100, lid 2, van het financieel reglement en artikel 149 van de uitvoeringsverordening, waaruit volgt dat een aanbestedende dienst zijn motiveringsplicht nakomt wanneer hij ermee volstaat om eerst de afgewezen inschrijvers onmiddellijk in kennis te stellen van de afwijzing van hun offerte en vervolgens de inschrijvers die daar uitdrukkelijk om hebben verzocht, binnen vijftien dagen na ontvangst van een schriftelijk verzoek mededeling te doen van de kenmerken en de voordelen van de gekozen offerte, evenals van de naam van degene aan wie de opdracht werd gegund (arrest Gerecht van 17 oktober 2012, Evropaïki Dynamiki/Hof van Justitie, T-447/10, punt 71).

63 Deze handelwijze beantwoordt aan het doel van de in artikel 296 VWEU geformuleerde motiveringsplicht, volgens welke de redenering van de instantie waarvan de handeling afkomstig is, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking dient te worden gebracht zodat, enerzijds, de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel

en hun rechten kunnen verdedigen en, anderzijds, de rechter zijn toezicht kan uitoefenen (arresten Gerecht van 14 juli 1995, Koyo Seiko/Raad, T-166/94, Jurispr. blz. II-2129, punt 103, en 19 maart 2010, Evropaïki Dynamiki/Commissie, punt 49 supra, punt 134).

64 Voorts zij eraan herinnerd dat de aan de motivering te stellen eisen moeten worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij met name rekening moet worden gehouden met de inhoud van de handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de adressaten of andere personen die rechtstreeks en individueel door de handeling worden geraakt, bij een verklaring kunnen hebben (zie arrest Hof van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

65 Ten slotte moet worden benadrukt dat bij de beoordeling of de motiveringsplicht is nageleefd, rekening moet worden gehouden met de informatie waarover verzoekster op het moment van het instellen van haar beroep beschikte (zie in die zin arrest Gerecht van 25 februari 2003, Strabag Benelux/Raad, T-183/00, Jurispr. blz. II-135, punt 58).

66 In het licht van de bovenvermelde beginselen moet worden onderzocht of de Commissie haar motiveringsplicht niet is nagekomen. Om te bepalen of in casu is voldaan aan de motiveringsvereiste van het financieel reglement en de uitvoeringsverordening, moeten de brief van de Commissie van 8 februari 2012 en die van 21 februari 2012, die aan verzoeksters zijn gestuurd ingevolge het verzoek om aanvullende informatie over de afwijzing van hun offerte, worden onderzocht. Dienaangaande zij opgemerkt dat de Commissie ter terechtzitting duidelijk erop heeft gewezen dat de brief van 21 februari 2012 toereikend gemotiveerd was ten aanzien van de door het financieel reglement en de uitvoeringsverordening opgelegde verplichtingen, en voorts dat het door haar aan verzoeksters meegedeelde beoordelingsverslag geen deel uitmaakte van de motivering van het bestreden besluit. Voorts zij opgemerkt dat de Commissie het beoordelingsverslag voor het eerst op 25 juli 2012 aan verzoeksters heeft doen toekomen. Gelet op het in punt 65 supra genoemde beginsel kan dat voor het eerst in de loop van de gerechtelijke procedure overgelegde document derhalve niet in aanmerking worden genomen om te bepalen of de motivering toereikend is.

Brief van 8 februari 2012

67 In casu heeft de Commissie verzoeksters bij brief van 8 februari 2012 meegedeeld dat, in de eerste plaats, hun offerte niet was gekozen, omdat zij niet de economisch voordeligste technisch ontvankelijke offerte was, in de tweede plaats, het beoordelingscomité had aanbevolen om de markt aan het consortium te gunnen dat bestond uit twee andere inschrijvers waarvan zij de namen heeft gegeven en, in de derde plaats, verzoeksters tegen dat besluit konden opkomen overeenkomstig punt 2.4.15 van de praktische gids.

68 Die brief bevatte voorts de volgende tabel:

	Organisatie en werkwijze	Hoofddeskundige 1	Hoofddeskundige 2	Hoofddeskundige 3	Technische score x 0,80	Financiële score x 0,20	Algemene score
Uw offerte	58,33	10,50	7,58	6,92	73,66	18,76	92,43
Gekozen inschrijver	65,83	12,83	6,67	5,17	80,00	19,71	99,71

69 Die brief is opgesteld overeenkomstig artikel 100, lid 2, van het financieel reglement. Er zij echter aan herinnerd dat ingevolge die bepaling de aanbestedende dienst ook elke afgewezen inschrijver die een geldige offerte heeft ingediend op zijn schriftelijk verzoek in kennis moet stellen van de kenmerken en de voordelen van de gekozen offerte.

Brief van 21 februari 2012

70 Ingevolge verzoeksters' verzoek van 10 februari 2012 tot verkrijging van met name de sterke en de zwakke punten van hun offerte met betrekking tot de organisatie en de werkwijze in vergelijking met de offerte van degene aan wie de opdracht was gegund, evenals de precieze cijfers die hun offerte en de offerte van degene aan wie de opdracht was gegund, hadden behaald voor elk van de subcriteria van de beoordelingscriteria „Organisatie en werkwijze" en „Hoofddeskundigen", en de motivering van die cijfers, heeft de Commissie hun op 21 februari 2012 een tweede brief gestuurd.

71 Aangaande die brief zij in de eerste plaats opgemerkt dat de Commissie op verzoeksters' schriftelijk verzoek van 10 februari 2012 overeenkomstig artikel 149, lid 2, van de uitvoeringsverordening binnen de maximumtermijn van vijftien kalenderdagen na ontvangst van dat verzoek heeft geantwoord.

72 In de tweede plaats moet derhalve worden onderzocht of de brief van 21 februari 2012 een beschrijving bevat van de kenmerken en de voordelen van de gekozen offerten die voldoet aan de eisen van artikel 100, lid 2, van het financieel reglement.

73 Die brief bevatte de volgende tabel:

	Maximum	Gemiddelde
Organisatie en werkwijze		
beredeneerde analyse van de uitvoering van de opdracht	10	6,67
strategie	40	32,33
tijdschema van de activiteiten	20	19,33
Totaalscore voor organisatie en werkwijze	70	58,33
Hoofddeskundigen		
Teamleider	(Max. 14 punten)	
kwalificaties en competenties	2	1,67
algemene beroepservaring	6	5,00
bijzondere beroepservaring	6	3,83
		10,50
Deskundige inzake elektronische documenten en het elektronische archiveringssysteem	(Max. 8 punten)	
kwalificaties en competenties	2	1,83
algemene beroepservaring	2	1,92
bijzondere beroepservaring	4	3,83
		7,58

Portaldeskundige	(Max. 8 punten)	
kwalificaties en competenties	2	1,67
algemene beroepservaring	2	1,75
bijzondere beroepservaring	4	3,50
		6,92
Algemene totaalscore	100	83,33

74 In die brief heeft de Commissie verzoeksters' aandacht erop gevestigd dat de dienstenovereenkomsten waren toegekend in het kader van een niet-openbare procedure op grond van criteria die waren gebaseerd op het beginsel van de economisch voordeligste offerte en dat die criteria betrekking hadden op zowel de technische kwaliteit van de offerte als de financiële kant ervan. De Commissie heeft voorts gepreciseerd dat de aan verzoeksters' offerte toegekende totaalscore zeer hoog was, maar dat die offerte niet de economisch voordeligste technisch ontvankelijke offerte was. Voorts heeft de Commissie verzoeksters meegedeeld dat zij hun niet de informatie kon verstrekken over de offerte van degene aan wie de opdracht was gegund, waarom zij in hun brief van 10 februari 2012 hadden verzocht, aangezien die informatie vertrouwelijk was en voor officieel gebruik bestemd was.

75 Voorts heeft de Commissie de commentaren meegedeeld die behoren bij de beoordeling door het beoordelingscomité van verzoeksters' technische offerte.

76 Wat in de eerste plaats het criterium „Organisatie en werkwijze" betreft, stelt het Gerecht vast dat de Commissie verzoeksters' offerte voor elk van de subcriteria heeft beoordeeld. Zo heeft de Commissie allereerst voor het subcriterium „beredeneerde analyse van de uitvoering van de opdracht" opgemerkt dat de beoordeling luidde: „zwak algemeen advies over hoofdproblemen, niet goed gedefinieerde risicoanalyse en beperking". Voorts heeft de Commissie gepreciseerd dat de beoordeling van het subcriterium „strategie" luidde: „zeer gedetailleerde lijst van activiteiten en zeer sterke lijst van ondersteuningsdeskundigen. Zeer concurrerende overeenkomst inzake het dienstverleningsniveau". Ten slotte luidde volgens de Commissie de beoordeling voor het subcriterium „tijdschema van de activiteiten" eenvoudigweg: „goed algemeen tijdschema van de activiteiten".

77 Wat in de tweede plaats het criterium „Hoofddeskundigen" betreft, heeft de Commissie gepreciseerd dat de beoordeling van verzoeksters' offerte als volgt luidde: „de ervaring, het opleidingsniveau en de taalvaardigheden van uw teamleider, de deskundige inzake elektronische documenten en het elektronische archiveringssysteem en de portaldeskundige zijn als volgt beoordeeld: ‚goed algemeen profiel'".

78 De in de brief van 21 februari 2012 gegeven motivering voldoet niet aan de eisen van artikel 100, lid 2, van het financieel reglement.

79 Allereerst zij opgemerkt dat, anders dan de Commissie ter terechtzitting heeft aangevoerd, de cijfers in de in punt 73 supra vermelde tabel op zich geen voldoende motivering vormen.

80 Die tabel bevatte weliswaar de voor de criteria en subcriteria aan verzoeksters' technische offerte toegekende cijfers. Aangezien die tabel niet de cijfers bevatte die door de offerte van degene aan wie de opdracht was gegund, waren behaald voor dezelfde criteria en subcriteria, stelde zij verzoeksters echter niet in staat de door de Commissie aan hun offerte toegekende cijfers rechtstreeks te vergelijken met de aan de offerte van degene aan wie de opdracht was gegund toegekende cijfers.

81 Voorts konden verzoeksters uit die cijfers op zich niet opmaken waarom zij aan hun offerte waren toegekend.

82 Anders dan de Commissie ter terechtzitting heeft aangevoerd, stelden de gunningscriteria van het beoordelingsschema verzoeksters evenmin in staat de rechtvaardiging van de toegekende cijfers te begrijpen. Weliswaar moeten de aan de motivering te stellen eisen worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval en moet derhalve worden onderzocht of verzoeksters de rechtvaardiging van die cijfers konden begrijpen aan de hand van de gegevens in de contractuele documenten, zoals het beoordelingsschema. Die criteria lieten de Commissie echter een niet-onaanzienlijke beoordelingsvrijheid.

83 Zoals hierboven is uiteengezet, is het logische gevolg van de beoordelingsvrijheid waarover de Commissie ter zake van openbare aanbestedingen beschikt, een motivering die de gegevens, feitelijk en rechtens, vermeldt waarop de Commissie haar beoordeling heeft gebaseerd. Slechts in het licht van die gegevens kunnen verzoekende partijen werkelijk begrijpen waarom die cijfers zijn toegekend. Alleen door een dergelijke motivering kunnen zij dus hun rechten doen gelden en kan het Gerecht zijn toezicht uitoefenen (zie in die zin arrest Evropaïki Dynamiki/Hof van Justitie, punt 62 supra, punt 92).

84 Gelet op de niet-onaanzienlijke beoordelingsvrijheid die de gunningscriteria van het beoordelingsschema aan de Commissie lieten, konden de cijfers in de tabel op zich geen voldoende motivering vormen.

85 Voorts doen de commentaren van de Commissie op verzoeksters' offerte haar redenering niet duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking komen, zodat verzoeksters kennis zouden kunnen nemen van de rechtvaardigingsgronden van de afwijzing van hun offerte.

86 Artikel 100, lid 2, van het financieel reglement vereist weliswaar niet noodzakelijkerwijs dat de aanbestedende dienst het beoordelingsverslag ter beschikking stelt van de afgewezen inschrijver of een zorgvuldige vergelijkende analyse maakt van de gekozen offerte en de offerte van de afgewezen inschrijver. Artikel 100, lid 2, van het financieel reglement verzet zich er immers in principe niet tegen dat een aanbestedende dienst zijn motiveringsplicht nakomt door korte commentaren op de gekozen offerte en de afgewezen offerte te geven (arrest Evropaïki Dynamiki/Hof van Justitie, punt 62 supra, punt 95). Om deze reden kunnen verzoeksters de Commissie niet verwijten dat zij hun niet het volledige beoordelingsverslag heeft doen toekomen in antwoord op hun verzoek op grond van het financieel reglement (zie met betrekking tot de beoordeling van het eerste middel, de punten 39-52 supra).

87 De commentaren van de aanbestedende dienst voldoen echter slechts aan de eisen van artikel 100, lid 2, van het financieel reglement indien zij zo nauwkeurig zijn dat verzoeksters de gegevens, feitelijk en rechtens, kunnen kennen op basis waarvan de aanbestedende dienst hun offerte heeft afgewezen en de offerte van een andere inschrijver heeft gekozen (arrest Evropaïki Dynamiki/Hof van Justitie, punt 62 supra, punt 96).

88 In casu stelden de commentaren van de Commissie verzoeksters niet in staat die gegevens te kennen.

89 Die commentaren betroffen immers alleen verzoeksters' offerte en niet de offerte van degene aan wie de opdracht was gegund. Voorts konden die commentaren verzoeksters zelfs niet in staat stellen de aan hun offerte toegekende cijfers te begrijpen.

90 Zo is aangaande het criterium „Hoofddeskundigen" de enige commentaar van de Commissie voor de beoordeling van verzoeksters' offerte met betrekking tot de drie hoofddeskundigen, te weten „goed algemeen profiel", vaag en weerspiegelt hij niet de verscheidenheid van de voor elk van verzoeksters' deskundigen toegekende cijfers. Dienaangaande zij opgemerkt dat verzoeksters' offerte weliswaar 10,50 op 14 punten heeft behaald voor de „teamleider", maar 7,58 op 8 heeft behaald voor de „deskundige inzake elektronische documenten en het elektronische archiveringssysteem" en 6,92 op 8 voor de „portaldeskundige". Die commentaar stelde verzoeksters dus niet in staat de aan hun offerte voor het criterium „Hoofddeskundigen" toegekende cijfers te begrijpen.

91 Evenzo lijkt, aangaande het criterium „Organisatie en werkwijze", de commentaar „zeer gedetailleerde lijst van activiteiten en zeer sterke lijst van ondersteuningsdeskundigen. Zeer concurrerende overeenkomst inzake het dienstverleningsniveau", wat het subcriterium „strategie" betreft, zeer positief. De commentaar „goed algemeen tijdschema van de activiteiten", aangaande het subcriterium „tijdschema van de activiteiten", wijst daarentegen eenvoudig op een vage positieve beoordeling. Uit die commentaren kunnen verzoeksters niet opmaken waarom hun offerte slechts 32,33 op 40 punten heeft behaald voor het subcriterium „strategie", terwijl zij 19,33 op 20 heeft behaald voor het subcriterium „tijdschema van de activiteiten".

92 Voorts is de commentaar „zwak algemeen advies over hoofdproblemen, niet goed gedefinieerde risicoanalyse en beperking", aangaande het subcriterium „beredeneerde analyse van de uitvoering van de opdracht", vaag. Hieruit kunnen verzoeksters met name niet opmaken waarom de beschrijving van de „hoofdproblemen" in hun offerte zwak is bevonden door de Commissie. Voorts kunnen verzoeksters uit die commentaar evenmin opmaken waarom de „risicoanalyse" en de „beperking" niet goed zouden zijn gedefinieerd in hun offerte.

93 Derhalve moet worden geconcludeerd dat de commentaren van de Commissie, zelfs gelezen in samenhang met de cijfers in de tabel, geen voldoende motivering waren.

94 De brief van 21 februari 2012 bevatte derhalve geen gegevens op grond waarvan de Commissie haar besluit tot afwijzing van verzoeksters' offerte toereikend kon motiveren.

95 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie het bestreden besluit ontoereikend heeft gemotiveerd.

96 Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de Commissie haar motiveringsplicht uit hoofde van artikel 100, lid 2, van het financieel reglement niet is nagekomen, zodat het bestreden besluit nietig moet worden verklaard.

Derde middel: in wezen schending van het algemene beginsel volgens welk de contractuele documenten niet mogen worden gewijzigd in de loop van de aanbestedingsprocedure

97 Met hun derde middel, dat voor het eerst in repliek is aangevoerd, verwijten verzoeksters de Commissie in wezen schending van het algemene beginsel volgens welk de contractuele documenten niet mogen worden gewijzigd in de loop van de aanbestedingsprocedure door na de indiening van de inschrijvingen een weging van de subcriteria voor de gunning in te voeren en door hun offerte op basis van die weging te beoordelen. Zonder vooruit te lopen op de ontvankelijkheid van dat nieuwe middel, is het Gerecht van oordeel dat het onderzoek ervan voorbarig zou zijn. Wegens de ontoereikende motivering van het bestreden besluit hebben verzoeksters hun rechten immers niet daadwerkelijk kunnen doen gelden en kan het Gerecht geen definitieve uitspraak doen over de vraag of het gebruik door het beoordelingscomité van de betrokken weging invloed kan hebben gehad op de betrokken gunning van de opdracht. Een eventuele vordering tot nietigverklaring wegens schending van het algemene beginsel volgens welk de contractuele documenten niet mogen worden gewijzigd in de loop van de aanbestedingsprocedure, kan in voorkomend geval dus slechts in het licht van de overwegingen van het besluit dat in de plaats komt van het bestreden besluit worden onderzocht (zie in die zin arrest Gerecht van 20 oktober 2011, Alfastar Benelux/Raad, T-57/09, punten 38-41 en 51, en Evropaïki Dynamiki/Hof van Justitie, punt 62 supra, punt 116).

Kosten

98 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd.

99 Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld en verzoeksters zulks hebben gevorderd, dient zij in de kosten te worden verwezen.

HET GERECHT (Eerste kamer)

rechtdoende, verklaart:

1) Besluit CMS/cms D(2012)/00008 van de Commissie van 8 februari 2012 tot afwijzing van de offerte van European Dynamics Luxembourg SA en Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE in het kader van de niet-openbare aanbesteding EuropeAid/131431/C/SER/AL, wordt nietig verklaard.

2) De Europese Commissie wordt verwezen in de kosten.

Frimodt Nielsen Kancheva Buttigieg

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 13 december 2013.

ondertekeningen