BESCHIKKING VAN DE PRESIDENT VAN HET GERECHT

27 juli 2004 *

In zaak T-148/04 R,

TQ3 Travel Solutions Belgium SA, gevestigd te Mechelen (België), vertegenwoordigd door R. Ergec en K. Möric, advocaten,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door L. Parpala en E. Manhaeve als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

ondersteund door

Wagon-Lits Travel SA, gevestigd te Brussel (België), vertegenwoordigd door F. Herbert en H. Van Peer, advocaten, en D. Harrison, solicitor, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

interveniënte,

* Procestaal: Frans.

betreffende in de eerste plaats een verzoek tot opschorting van de tenuitvoerlegging van de besluiten van de Commissie om perceel nr. 1 van de opdracht in aankondiging nr. 2003/S 143-129409 voor het verlenen van reisbureaudiensten niet aan verzoekster, maar aan een andere onderneming te gunnen, en in de tweede plaats de Commissie te gelasten de maatregelen te nemen welke nodig zijn om de gevolgen van het besluit tot de gunning van de genoemde opdracht of van het na dit besluit gesloten contract te schorsen,

geeft

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG

de navolgende

Beschikking

De feiten en het procesverloop

1 Bij raamovereenkomst 98/16/IX.D.1/1 van 13 januari 1999 heeft de Commissie het beheer van reisbureaudiensten ten behoeve van haar personeel in Brussel toevertrouwd aan Belgium International Travel. Deze overeenkomst was gesloten voor een aanvankelijke duur van twee jaar, met de mogelijkheid deze driemaal met een jaar te verlengen, dat wil zeggen voor de periode van 1 april 1999 tot en met 31 maart 2004. In een aanhangsel van 27 februari 2001 is deze overeenkomst gecedeerd aan TQ3 Travel Solutions Belgium (hierna: „verzoekster").

2 In het *Supplement bij het Publicatieblad van de Europese Unie* (PB 2003, S 103) heeft de Commissie een niet-openbare aanbesteding, referentie ADMIN/D1/PR/2003/051, aangekondigd voor de verlening van reisbureaudiensten voor de verplaatsingen van de ambtenaren en andere personeelsleden in het kader van hun dienstreizen, en van alle andere personen die voor rekening of op verzoek van communautaire instellingen en organen reizen.

3 Blijkens het dossier is deze aanbesteding door de Commissie geannuleerd, omdat sommige gemeenschapsinstellingen zich hadden teruggetrokken.

4 Op 29 juli 2003 heeft de Commissie krachtens verordening (EG, Euratom) nr. 2342/2002 van de Commissie van 23 december 2002 tot vaststelling van uitvoeringsvoorschriften van verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 van de Raad houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen (PB L 357, blz. 1) in het *Supplement bij het Publicatieblad van de Europese Unie* (PB 2003, S 143) een nieuwe niet-openbare aanbesteding, met referentie 2003/S 143-129409, uitgeschreven voor het verlenen van reisbureaudiensten voor de verplaatsingen van de ambtenaren en andere personeelsleden in het kader van hun opdrachten, en van alle andere personen die voor rekening of op verzoek van bepaalde communautaire instellingen en organen reizen (hoofdstuk II.1.6 van de aankondiging van opdracht). De opdracht bestond uit een aantal percelen, één voor elke locatie waar de diensten moesten worden verricht, waaronder Brussel (perceel nr. 1), Luxemburg (perceel nr. 2), Grange (perceel nr. 3), Ispra (perceel nr. 4), Geel (perceel nr. 5), Petten (perceel nr. 6) en Sevilla (perceel nr. 7).

5 Bij aangetekende brief van 28 november 2003 heeft verzoekster bij de Commissie een offerte voor de percelen nrs. 1, 2, 3, 5, 6 en 7 van deze opdracht ingediend.

6 Bij brief van 24 februari 2004 heeft de Commissie verzoekster meegedeeld dat haar offerte voor perceel nr. 1 van de opdracht (hierna: „perceel nr. 1" of „litigieuze opdracht") was afgewezen, omdat de verhouding prijs/kwaliteit minder goed was dan die van de geselecteerde aanbieding.

7 Bij brief van 8 maart 2004 heeft verzoekster de Commissie om nadere inlichtingen verzocht omtrent de keuze van de voor de betrokken opdracht geselecteerde offerte. Tevens heeft verzoekster haar verzocht de gunningsprocedure voor deze opdracht te schorsen en geen overeenkomst te sluiten met de onderneming die voor deze opdracht was geselecteerd.

8 Bij brief van 16 maart 2004 heeft de Commissie verzoekster een toelichting gegeven op de motivering van haar besluit van 24 februari 2004 om haar de litigieuze opdracht niet te gunnen, en van haar besluit om de opdracht aan een andere onderneming te gunnen (hierna respectievelijk: „afwijzingsbesluit" en „gunningsbesluit"). De Commissie preciseerde daarbij onder meer, dat de offerte van verzoekster na een kwalitatieve en financiële analyse 51,55 punten had gekregen, terwijl de geselecteerde offerte van Wagon-Lits Travel (hierna: „WT") 87,62 punten had gekregen, zodat de offerte van WT de economisch voordeligste was en de gunning van de litigieuze opdracht aan deze onderneming rechtvaardigde. Verder vermeldde de Commissie nog dat WT weliswaar aanzienlijk lager had geboden dan verzoekster (index 100 voor WT tegen index 165,56 voor verzoekster), doch „niet abnormaal laag, zodat de toepassing van artikel 139 van verordening [...] nr. 2342/2002 niet aan de orde was".

9 Bij telefax van 17 maart 2004 heeft de Commissie verzoekster voorgesteld om de raamovereenkomst 98/16/IX.D.1/1 betreffende reisbureaudiensten, die op 31 maart 2004 zou aflopen, tot en met 27 juni 2004 te verlengen.

10 Bij brief van 19 maart 2004 heeft de Commissie haar voorstel tot verlenging van de bedoelde raamovereenkomst gerechtvaardigd door te verklaren, dat het onmogelijk was om vóór afloop van deze overeenkomst de nieuwe contractant, te weten WT, instructies te geven en om de nieuwe overeenkomst te laten ingaan.

11 Bij telefax van 22 maart 2004 heeft verzoekster de Commissie meegedeeld, dat zij geen prijs stelde op verlenging van de raamovereenkomst, zodat deze overeenkomst op 1 april 2004 zou aflopen.

12 Op 31 maart 2004 heeft de Commissie een overeenkomst met WT gesloten voor het verlenen van reisbureaudiensten te Brussel.

13 Bij verzoekschrift, ingeschreven ter griffie van het Gerecht op 26 april 2004, heeft verzoekster beroep ingesteld strekkende tot nietigverklaring van het afwijzingsbesluit en van het gunningsbesluit alsmede tot vergoeding van de schade die zij als gevolg van beide besluiten heeft geleden.

14 Bij een op dezelfde dag ter griffie van het Gerecht neergelegde afzonderlijke akte heeft verzoekster het onderhavige verzoek in kort geding ingediend, ertoe strekkende

— in de eerste plaats, de tenuitvoerlegging van het afwijzingsbesluit en van het gunningsbesluit op te schorten;

— in de tweede plaats, de Commissie te bevelen om de maatregelen te nemen die nodig zijn om de gevolgen van het gunningsbesluit of van het na dit besluit gesloten contract te schorsen.

15 Op 4 mei 2004 heeft de Commissie haar opmerkingen over dit verzoek ingediend. Volgens haar is niet voldaan aan de voorwaarden voor verkrijging van de gevorderde voorlopige maatregelen en moet het verzoek dus worden afgewezen.

16 Op 5 mei 2004 heeft de griffie van het Gerecht de opmerkingen van de Commissie aan verzoekster gezonden en haar op 10 mei 2004 verzocht om daarover haar opmerkingen in te dienen.

17 Op 12 mei 2004 heeft verzoekster verzocht om maatregelen van instructie op basis van artikel 105, lid 2, en artikel 65, sub b, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht en van de artikelen 24 en 26 van het Statuut van het Hof van Justitie, die ertoe strekken dat de Commissie wordt gelast om een aantal documenten over te leggen, namelijk de op 31 maart 2004 door de Commissie en WT gesloten overeenkomst, de door WT naar aanleiding van de uitnodiging tot inschrijving ingediende offerte en het rapport van het Evaluatiecomité (hierna: „betrokken documenten"), waarop de Commissie zich in de punten 46 tot en met 49 van haar opmerkingen baseert om tot de slotsom te komen dat de fumus boni juris ontbreekt. Verzoekster heeft de president van het Gerecht ook verzocht, partijen toe te staan om hun opmerkingen op basis van de genoemde documenten kenbaar te maken.

18 Op 17 mei 2004 heeft verzoekster haar opmerkingen over de opmerkingen van de Commissie van 4 mei 2004 ingediend. Zij herhaalde haar verzoek om voorlopige maatregelen en verzocht de president van het Gerecht bovendien om de overwegingen van de Commissie in de punten 46 tot en met 49 van haar opmerkingen van 4 mei 2004 niet in aanmerking te nemen.

19 Op 18 mei 2004 heeft de Commissie haar opmerkingen over het verzoek om instructiemaatregelen ingediend. Volgens haar moet dit verzoek worden afgewezen.

20 Op 24 mei 2004 heeft de Commissie haar opmerkingen in antwoord op de opmerkingen van verzoekster van 17 mei 2004 ingediend. Zij herhaalde haar verzoek aan de president van het Gerecht om het verzoek in kort geding af te wijzen, en verzocht hem het verzoek om de punten 46 tot en met 49 van haar opmerkingen van 4 mei 2004 niet in aanmerking te nemen, kennelijk niet-ontvankelijk te verklaren.

21 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 9 juni 2004, heeft WT verzocht om in de zaak te mogen interveniëren ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie. Dit verzoek tot interventie is overeenkomstig artikel 116, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering aan partijen betekend. Partijen hebben geen bezwaar tegen dit verzoek gemaakt.

22 Bij beschikking van de president van het Gerecht van 28 juni 2004 is WT in de onderhavige zaak toegelaten tot interventie aan de zijde van de Commissie. Een kopie van alle processtukken is aan WT betekend.

23 Op 5 juli 2004 heeft WT haar opmerkingen over het verzoek in kort geding ingediend. Interveniënte sluit zich aan bij de opmerkingen van de Commissie. Zij verzoekt de president van het Gerecht, het verzoek om voorlopige maatregelen af te wijzen en het verzoek om instructiemaatregelen kennelijk niet-ontvankelijk te verklaren.

24 Op 16 juli 2004 heeft verzoekster haar opmerkingen over de opmerkingen van WT ingediend. Zij herhaalt haar verzoek om voorlopige maatregelen. Zij bestrijdt de argumenten van WT tegen de overlegging van de betrokken documenten, en herhaalt tevens haar verzoek om de Commissie te gelasten die documenten over te leggen, om partijen toe te staan, op basis van die documenten hun opmerkingen kenbaar te maken, en om, als dat niet wordt toegestaan, de punten 46 tot en met 49 van de opmerkingen van 4 mei 2004 niet in aanmerking te nemen. De Commissie heeft laten weten dat zij geen opmerkingen over de memorie in interventie had.

In rechte

Het verzoek om voorlopige maatregelen

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

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

27 De gevorderde maatregelen moeten bovendien voorlopig zijn in die zin, dat zij niet vooruitlopen op de rechtspunten of feitelijke punten in geding, noch de gevolgen van de later in de hoofdzaak te nemen beslissing bij voorbaat ongedaan maken [beschikking president Hof van 19 juli 1995, Commissie/Atlantic Container Line e.a., C-149/95 P(R), Jurispr. blz. I-2165, punt 22].

28 Bovendien beschikt de kortgedingrechter in het kader van dit algemene onderzoek over een ruime beoordelingsbevoegdheid en kan hij, met inachtneming van de bijzonderheden van de zaak, vrij bepalen hoe en in welke volgorde deze verschillende voorwaarden worden onderzocht, omdat geen enkele gemeenschapsrechtelijke regel hem een vooraf vastgesteld onderzoeksschema voorschrijft voor de beoordeling van de noodzaak van voorlopige maatregelen (beschikking Commissie/Atlantic Container Line e.a, reeds aangehaald, punt 23).

29 Gelet op de stukken is de kortgedingrechter van oordeel dat hij beschikt over alle elementen die nodig zijn om op het onderhavige verzoek om voorlopige maatregelen te kunnen beslissen, zonder partijen vooraf in hun mondelinge verklaringen te horen.

30 In casu moet om te beginnen de voorwaarde betreffende de spoedeisendheid worden onderzocht.

Argumenten van partijen

31 Verzoekster stelt dat aan de voorwaarde betreffende de spoedeisendheid is voldaan. Zij beklemtoont dat zij niet op de afloop van de procedure in de hoofdzaak kan wachten zonder ernstige en onherstelbare schade te leiden, die bestaat in het verlies van een groot marktaandeel, een uiterst zwaar financieel nadeel en een bijzondere belangrijke aantasting van haar reputatie.

32 Verzoekster betoogt dat zij door het besluit om de litigieuze opdracht aan een andere inschrijver te gunnen, aanzienlijke inkomsten en een belangrijk marktaandeel misloopt. De jaaromzet met betrekking tot de litigieuze opdracht bedraagt 44,9 miljoen euro, een bedrag dat ongeveer 20 % van verzoeksters jaaromzet op de Belgische markt uitmaakt. Volgens andere berekeningen schat verzoekster dat de litigieuze opdracht tussen 16,83 % en 23,85 % van haar jaaromzet vormt.

33 Volgens verzoekster zal het verlies van een dergelijk marktaandeel en van een „essentiële referentie in verband met het verrichten en organiseren van reisbureaudiensten voor de Commissie in Brussel" tot een onherstelbare wijziging van haar marktpositie leiden, vooral in het licht van de moeilijke economische situatie. In dit verband beklemtoont verzoekster dat het gaat om een zeer belangrijk marktaandeel

in de sector reisbureaudiensten die sinds jaren bijzonder moeilijke tijden doormaakt, een situatie die vanaf 1 januari 2005 nog zal verslechteren omdat de luchtvaartmaatschappijen vanaf die datum in België geen commissies meer aan reisbureaus zullen uitbetalen. Deze situatie zal voor de reisbureaus tot een gevoelige daling van hun inkomsten leiden.

34 Ten slotte is verzoekster van mening dat de gevorderde voorlopige maatregelen noodzakelijk zijn, omdat een nietigverklaring van de bestreden besluiten door het Gerecht in de hoofdzaak niet voldoende zal zijn om de door de communautaire rechtsorde en verzoekster geleden schade ongedaan te maken, aangezien de overeenkomst tussen de Commissie en WT vóór die datum al volledig of bijna volledig zal zijn uitgevoerd.

35 De Commissie is van mening dat de door verzoekster gestelde schade niet ernstig en niet onherstelbaar is in de zin van de rechtspraak van het Gerecht.

36 Wat de gestelde financiële schade betreft, is de Commissie van mening dat nu verzoekster in staat is haar rechtstreekse schade te kwantificeren, deze schade door de betaling van een schadevergoeding herstelbaar is.

37 De Commissie voegt eraan toe dat verzoekster niet heeft aangetoond dat er sprake is van uitzonderlijke omstandigheden op grond waarvan de genoemde financiële schade als ernstig en onherstelbaar kan worden aangemerkt. In dat opzicht beklemtoont zij dat verzoekster niet heeft bewezen dat het verlies van het betrokken marktaandeel haar voortbestaan in gevaar brengt, en ook niet dat haar marktpositie op onherstelbare wijze zal veranderen. Aan verzoekster wordt niets in de weg gelegd om het verloren marktaandeel terug te winnen, en haar werkzaamheden buiten deze markt zijn ruim voldoende om te voorkomen dat haar voortbestaan in gevaar komt.

38 Wat de niet-financiële schade betreft, namelijk het verlies van een essentiële referentie en een bijzonder ernstige aantasting van haar reputatie, wijst de Commissie erop dat het verlies van een essentiële referentie in de fase van de gunning geen enkele rol speelt en dat het verlies van een referentieopdracht niet inhoudt dat de reputatie wordt aangetast, zoals het Gerecht reeds in zijn rechtspraak heeft vastgesteld.

39 Tenslotte is de Commissie van mening dat het feit dat de door haar met WT gesloten overeenkomst volledig zou kunnen zijn uitgevoerd wanneer het arrest van het Gerecht in de hoofdzaak wordt gewezen, geen element is waaruit blijkt dat aan de voorwaarde van spoedeisendheid is voldaan. In geval van een nietigverklaring is de Commissie in staat om verzoekster in haar rechten te herstellen door middel van een nieuwe aanbesteding en betaling van schadevergoeding.

40 WT sluit zich aan bij de argumenten van de Commissie en beklemtoont dat verzoekster niet heeft aangetoond dat de gestelde schade ernstig en onherstelbaar is. Verzoekster heeft niet aangegeven in hoeverre een omzetdaling van ongeveer 20 % haar voortbestaan in gevaar zou kunnen brengen. WT beklemtoont dat verzoekster deel uitmaakt van een internationale groep, de groep TUI, een van de belangrijkste Europese groepen in de reissector met een omzet in het jaar 2003 van ongeveer 19 215 miljoen euro en een nettowinst in hetzelfde jaar van 315 miljoen euro. Met betrekking tot het verlies van marktaandeel merkt zij op dat verzoekster dit gemakkelijk zou kunnen terugwinnen, wanneer de opdracht, aan het eind van de huidige overeenkomst of na een eventuele nietigverklaring, na een nieuwe door de Commissie georganiseerde aanbesteding aan haar wordt gegund. Wat de aantasting van de reputatie betreft, schaart WT zich achter de argumenten van de Commissie en voegt eraan toe dat het verlies van een contract na een aanbesteding in de praktijk niet het karakter van schade heeft.

Beoordeling door de kortgedingrechter

41 Volgens vaste rechtspraak moet de spoedeisendheid van een verzoek in kort geding worden getoetst naar de maatstaf, of een voorlopige beslissing noodzakelijk is ter

voorkoming van ernstige en onherstelbare schade voor de partij die om de voorlopige maatregel verzoekt. Deze partij moet aantonen dat zij niet op de uitspraak in de hoofdzaak kan wachten zonder een dergelijke schade te lijden (beschikking president Gerecht van 20 juli 2000, Esedra/Commissie, T-169/00 R, Jurispr. blz. II-2951, punt 43, en de daar aangehaalde rechtspraak).

42 In casu stelt verzoekster dat de gestelde schade ernstig en onherstelbaar is. Door het verlies van de litigieuze opdracht verliest zij in de eerste plaats inkomsten en een belangrijk marktaandeel (financiële schade) en in de tweede plaats verliest zij een essentiële referentie en wordt haar reputatie bijzonder ernstig aangetast (niet-financiële schade).

43 Ten aanzien van de door verzoekster gestelde financiële schade moet met de Commissie worden opgemerkt dat volgens vaste rechtspraak dergelijke schade in beginsel niet kan worden beschouwd als onherstelbaar of zelfs maar moeilijk herstelbaar, aangezien deze later financieel kan worden vergoed (zie beschikking Esedra/Commissie, reeds aangehaald, punt 44 en de daar aangehaalde rechtspraak).

44 In casu blijkt verzoekster, zoals de Commissie terecht beklemtoont, in staat om de door haar gestelde financiële schade te kwantificeren, want zij heeft immers niet alleen een beroep op basis van de artikelen 230 EG en 288 EG ingesteld, maar ook haar schade geschat op een bedrag van 44,9 miljoen euro.

45 Hieruit volgt dat de door verzoekster gestelde schade als herstelbaar moet worden beschouwd. Een dergelijke schade vormt immers een verlies dat economisch in het kader van de in het Verdrag, met name in artikel 288 EG, voorziene rechtsmiddelen

kan worden goedgemaakt (beschikking Esedra/Commissie, reeds aangehaald, punt 47, beschikking van de president van het Gerecht van 1 oktober 1997, Comafrica en Dole Fresh Fruit Europe /Commissie, T-230/97 R, Jurispr. blz. II-1598, punt 38).

46 Gelet op het voorgaande kunnen de gevorderde voorlopige maatregelen in de omstandigheden van het geval slechts gerechtvaardigd zijn, indien verzoekster zich zonder deze maatregelen in een situatie zou bevinden die haar voortbestaan in gevaar brengt of haar marktpositie op onherstelbare wijze verandert (zie in die zin beschikking Esedra/Commissie, reeds aangehaald, punt 45).

47 Verzoekster heeft niet het bewijs geleverd dat zij zonder de gevorderde voorlopige maatregelen in een situatie zou komen te verkeren die haar voortbestaan in gevaar brengt of haar marktaandeel op onherstelbare wijze verandert.

48 In dit verband moet worden vastgesteld dat verzoekster geen informatie over haar financiële situatie heeft overgelegd op grond waarvan de kortgedingrechter tot de slotsom zou kunnen komen dat haar voortbestaan in gevaar is. Integendeel, het feit dat de betrokken markt slechts 15 tot 25 % van verzoeksters jaaromzet op Belgisch grondgebied vormt, toont aan dat verzoekster kan overleven tot de beslissing van het Gerecht in de hoofdzaak. Deze conclusie wordt versterkt door het feit dat verzoekster ook buiten het Belgische grondgebied werkzaam is, dat zij in het kader van de betrokken aanbesteding zelfs andere percelen heeft verkregen en dat zij deel uitmaakt van een internationale groep met belangrijke en winstgevende activiteiten. Verzoeksters argumenten betreffende de moeilijkheden die reisbureaus ondervinden, doen niets aan deze conclusie af. In dit verband moet worden vastgesteld dat verzoekster, ook al zou de economische situatie van reisbureaus moeilijk zijn en ook al zou deze economische situatie aanhouden, niet verklaart waarom het verlies van het betrokken marktaandeel haar voortbestaan in gevaar brengt. In elk geval is de gestelde schade niet het gevolg van het afwijzingsbesluit, maar vloeit zij voort uit andere factoren.

49 Wat de mogelijkheid betreft dat verzoeksters marktsituatie onherstelbaar wordt veranderd wanneer de gevraagde voorlopige maatregelen niet worden toegestaan, moet worden vastgesteld dat verzoekster geen bewijs heeft geleverd waaruit blijkt dat haar situatie op een dergelijke manier zal veranderen.

50 Verzoekster heeft immers niet aangetoond dat beletselen van structurele of juridische aard haar zouden verhinderen een aanzienlijk deel van de verloren markt te heroveren (zie in die zin beschikking van de president van het Gerecht van 16 januari 2004, Arizona en Marco Chemical e.a./Commissie, T-369/03 R, Jurispr. blz. II-205, punt 84).

51 In het bijzonder heeft verzoekster niet aangetoond dat zij bij een nieuwe aanbesteding geen nieuwe opdrachten, waaronder de litigieuze opdracht, zou kunnen verkrijgen. Verzoeksters argumenten betreffende de algemene economische situatie voor reisbureaus tonen niet aan dat haar positie op de betrokken markt zich onherstelbaar zal wijzigen. De gestelde economische situatie heeft dezelfde gevolgen voor alle reisbureaus. Niets belet verzoekster om het betrokken marktaandeel te heroveren, want zij zal alle mogelijkheden hebben om deze markt bij een nieuwe aanbesteding terug te winnen. In dit verband moet worden vastgesteld dat het feit dat verzoekster een „essentiële referentie" heeft verloren, haar niet belet om aan nieuwe aanbestedingen deel te nemen en opdrachten binnen te halen. Deze referenties vormen slechts één van de vele criteria waarmee bij de kwalitatieve selectie van dienstverrichters rekening wordt gehouden (zie artikel 137 van verordening nr. 2342/2002; zie eveneens in die zin beschikking Esedra/Commissie, reeds aangehaald, punt 49).

52 Hieruit volgt dat verzoekster niet voldoende bewijs heeft aangevoerd op grond waarvan de kortgedingrechter de gestelde financiële schade als ernstig en onherstelbaar kan aanmerken.

53 Wat de door verzoekster gestelde niet-financiële schade betreft, moet met betrekking tot haar argument dat de voorlopige maatregelen spoedeisend zijn omdat de schade aan haar reputatie en haar geloofwaardigheid onherstelbaar is, worden opgemerkt dat het afwijzingsbesluit een dergelijke schade niet noodzakelijkerwijze tot gevolg heeft. Deelneming aan een openbare aanbesteding, die naar haar aard een sterk mededingingskarakter heeft, levert voor alle inschrijvers risico's op en het feit dat een van hen op grond van de aanbestedingsregels wordt uitgesloten, kan op zichzelf geen enkele schade veroorzaken (beschikking van de president van het Hof van 5 augustus 1983, CMC/Commissie, 118/83 R, Jurispr. blz. 2583, punt 51, en beschikking Esedra/Commissie, reeds aangehaald, punt 48).

54 Zoals de Commissie en WT terecht beklemtonen, vloeit het feit dat een onderneming een tijdelijke overeenkomst bij een nieuwe aanbesteding niet kan verlengen, voort uit de periodieke aard van aanbestedingen van overheidsopdrachten en kan dat voor die onderneming geen aantasting van haar geloofwaardigheid en haar reputatie vormen.

55 Ook verzoeksters argumenten waarmee zij tracht aan te tonen dat de spoedeisendheid voortvloeit uit het feit dat de met WT gesloten overeenkomst reeds volledig of bijna volledig zal zijn uitgevoerd vóór het arrest in de hoofdzaak, kunnen niet worden aanvaard. Een dergelijke situatie vormt geen omstandigheid waaruit de spoedeisendheid blijkt, omdat, wanneer het Gerecht het beroep in de hoofdzaak gegrond zou verklaren, het aan de Commissie staat om de noodzakelijke maatregelen vast te stellen ter verzekering van een afdoende bescherming van verzoeksters belangen (zie in die zin beschikking Edesa/Commissie, reeds aangehaald, punt 51, en beschikking van de president van het Gerecht, van 2 mei 1994, Candiotte/Raad, T-108/94 R, Jurispr. blz. II-249, punt 27). Zoals de Commissie beklemtoont, zou zij in die situatie een nieuwe aanbesteding kunnen organiseren, waaraan verzoekster zonder bijzondere problemen zou kunnen deelnemen. Een dergelijke maatregel zou kunnen worden gecombineerd met de betaling van een schadevergoeding. Verzoekster vermeldt geen enkele omstandigheid die zou beletten dat haar belangen op dergelijke wijze worden beschermd. (zie in die zin beschikking Edesa/Commissie, reeds aangehaald, punt 51).

56 In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat het door verzoekster aangevoerde bewijs niet rechtens genoegzaam aantoont dat zij zonder de gevorderde voorlopige maatregelen ernstige en onherstelbare schade zou lijden.

57 Derhalve moet het verzoek in kort geding worden afgewezen, zonder dat behoeft te worden onderzocht of aan de andere voorwaarden voor het toestaan van voorlopige maatregelen is voldaan.

Het verzoek om instructiemaatregelen en het verzoek om de punten 46 tot en met 49 van de opmerkingen van de Commissie van 4 mei 2004 niet in aanmerking te nemen

Argumenten van partijen

58 Verzoekster stelt in haar verzoek van 12 mei 2004 en in haar opmerkingen van 17 mei 2004 en 16 juli 2004, dat de betrokken documenten een belangrijke plaats in de opmerkingen van de Commissie over de fumus boni juris innemen. Verzoekster is van mening dat zij haar zaak moeilijk kan bepleiten wanneer zij niet volledig kennis van deze documenten mag nemen. Het is dus onontbeerlijk dat de betrokken documenten worden overgelegd, met name op grond van artikel 6 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, dat bepaalt dat een ieder recht heeft op een eerlijk proces. Subsidiair vordert verzoekster dat de punten 46 tot en met 49 van de opmerkingen van de Commissie van 4 mei 2004 niet in aanmerking worden genomen.

59 De Commissie, ondersteund door WT, is van mening dat het verzoek om instructiemaatregelen moet worden afgewezen omdat verzoekster niet het nut van overlegging van de betrokken documenten heeft aangetoond, er bij gebreke van uitzonderlijke omstandigheden geen toegang tot deze interne documenten van de

Commissie kan worden verleend, en de overlegging van deze documenten indruist tegen de bescherming van de wettige commerciële belangen van de inschrijvers. WT voegt hieraan toe dat de betrokken documenten zakengeheimen bevatten en dat, wanneer zij aan een concurrent zouden worden meegedeeld, inbreuk op de mededingingsregels wordt gemaakt.

Beoordeling door de kortgedingrechter

60 Om te beginnen moet worden vastgesteld dat verzoeksters vordering tot overlegging van de betrokken documenten en haar verzoek om de punten 46 tot en met 49 van de opmerkingen van de Commissie van 4 mei 2004 niet in aanmerking te nemen, geen verzoek om voorlopige maatregelen betreft verband houdend met de bestreden beslissingen, en niet kunnen worden opgevat als een verzoek om instructiemaatregelen of maatregelen ter organisatie van procesgang.

61 In dit verband moet er aan worden herinnerd dat de president van het Gerecht volgens artikel 105, lid 2, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering beoordeelt of er aanleiding bestaat een instructie te bevelen. Artikel 65 van het Reglement voor de procesvoering bepaalt dat de maatregelen van instructie onder meer de overlegging van stukken omvatten. Op grond van artikel 64 van het Reglement voor de procesvoering kan het Gerecht maatregelen tot organisatie van de procesgang nemen, die onder meer de overlegging van documenten of van stukken die betrekking hebben op de zaak omvatten.

62 Vervolgens moet worden opgemerkt dat de betrokken documenten en de punten 46 tot en met 49 van de opmerkingen van de Commissie van 4 mei 2004 uitsluitend gaan over de voorwaarden betreffende het bestaan van een fumus boni juris, zoals verzoekster zelf in haar verzoekschrift in kort geding en in haar opmerkingen van 16 juli 2004 beklemtoont.

63 Aangezien het verzoek in kort geding als niet spoedeisend moet worden afgewezen, wat er ook zij van de andere voorwaarden voor het toestaan van voorlopige maatregelen, met name de voorwaarde betreffende het bestaan van een fumus boni juris, is de kortgedingrechter van oordeel dat de betrokken documenten niet van belang zijn voor het onderzoek van het onderhavige verzoek in kort geding en dat er daarom geen aanleiding is om de door verzoekster gevorderde maatregelen ten aanzien van de betrokken documenten te nemen.

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG

beschikt:

1) Het verzoek in kort geding wordt afgewezen

2) De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.

Luxemburg, 27 juli 2004.

De griffier

H. Jung

De president

B. Vesterdorf