ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer)
25 februari 2003 *

In zaak T-4/01,

Renco SpA, gevestigd te Milaan (Italië), vertegenwoordigd door D. Philippe en F. Apruzzi, advocaten, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Raad van de Europese Unie, vertegenwoordigd door F. van Craeyenest en M. Arpio Santacruz als gemachtigden, bijgestaan door J. Stuyck, advocaat,

verweerder,

betreffende een vordering tot vergoeding van de schade die verzoekster stelt te hebben geleden als gevolg van het besluit van de Raad om haar de op 30 juli 1999 bij aankondiging nr. 107865 (PB S 146) bekendgemaakte opdracht voor de uitvoering van algemene inrichtings- en onderhoudswerken in de gebouwen van de Raad niet te gunnen,

* Procestaal: Frans.

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: J. D. Cooke, kamerpresident, R. García-Valdecasas en P. Lindh, rechters,

griffier: D. Christensen, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 7 februari 2002,

het navolgende

Arrest

Het rechtskader

1 Het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken door de Raad is geregeld in afdeling I van titel IV (artikelen 56 tot en met 64 bis) van het financieel reglement van 21 december 1977 van toepassing op de algemene begroting der Europese Gemeenschappen (PB L 356, blz. 1), vóór de instelling van het onderhavige beroep voor het laatst gewijzigd bij verordening (EG, EGKS, Euratom) nr. 2673/1999 van de Raad van 13 december 1999 (PB L 326, blz. 1).

2 Volgens artikel 56 van het financieel reglement „dient elke instelling [...] dezelfde verplichtingen na te komen als die welke krachtens de [...] richtlijnen [inzake overheidsopdrachten] op de aanbestedende diensten van de lidstaten rusten", wanneer het bedrag van de opdracht gelijk is aan of hoger ligt dan in deze richtlijnen is vastgesteld.

3 In casu is de relevante regeling die van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54), zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997 (PB L 328, blz. 1).

4 Artikel 8 van richtlijn 93/37, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52, bepaalt:

„1. De aanbestedende dienst deelt binnen een termijn van 15 dagen te rekenen vanaf de datum van ontvangst van een schriftelijk verzoek, aan iedere afgewezen gegadigde of inschrijver de redenen mee van de afwijzing van zijn aanvraag of van zijn inschrijving op een aanbesteding, en aan iedere inschrijver die een aan de eisen beantwoordende offerte heeft gedaan, de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen offerte alsmede de naam van de begunstigde.

[...]"

5 Artikel 18 van richtlijn 93/37, zoals gewijzigd, bepaalt:

„Gunning vindt [...] plaats op de grondslag van de in [...] [de artikelen 30 tot en met 32 van deze richtlijn] vermelde criteria [...]"

6 Artikel 30 van richtlijn 93/37 luidt als volgt:

„1. De criteria aan de hand waarvan de aanbestedende dienst een opdracht gunt, zijn

a) hetzij alleen de laagste prijs;

b) hetzij, indien de gunning aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbieding plaatsvindt, verschillende criteria die variëren naar gelang van de aard van de opdracht, zoals de prijs, de termijn voor uitvoering, de gebruikskosten, de rentabiliteit, de technische waarde.

2. In het geval van lid 1, sub b, vermeldt de aanbestedende dienst in het bestek of in de aankondiging van de opdracht alle gunningscriteria die hij voornemens is te hanteren, zo mogelijk in afnemende volgorde van het belang dat eraan wordt gehecht.

3. [...]

4. Indien voor een bepaalde opdracht inschrijvingen worden gedaan die in verhouding tot het uit te voeren werk abnormaal laag lijken, verzoekt de aanbestedende dienst, vóór hij deze inschrijvingen kan afwijzen, schriftelijk om de door hem dienstig geachte preciseringen over de samenstelling van de inschrijving en onderzoekt hij de samenstelling aan de hand van de ontvangen toelichtingen, waarbij hij rekening houdt met de verstrekte motivering.

De aanbestedende dienst kan motiveringen in aanmerking nemen die betrekking hebben op de zuinigheid van het bouwprocédé, de gekozen technische oplossingen, de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver voor de uitvoering van de werken kan profiteren, of de originaliteit van diens ontwerp.

[...]"

De aan het geding ten grondslag liggende feiten

7 Bij de op 30 juli 1999 (PB S 146) bekendgemaakte aankondiging nr. 107865 leidde het secretariaat-generaal van de Raad een niet-openbare aanbestedingsprocedure voor algemene inrichtings- en onderhoudswerken in de gebouwen van de Raad te Brussel in; deze aankondiging verving een aankondiging van 4 juni 1999 (PB S 107). De procedure diende te leiden tot het sluiten van een raamovereenkomst voor vijf jaar, verlengbaar met perioden van twaalf maanden. In de aankondiging werd tevens gepreciseerd dat „[i]n 1998 [...] de prijs van de algemene inrichtings- en onderhoudswerken 5 000 000 euro [bedroeg]".

8 Punt IV.5, met als opschrift „Selectiecriteria", van het bestek betreffende de aanbesteding bepaalde:

„a) Het [secretariaat-generaal van de Raad] kiest uit de ingekomen inschrijvingen de aanbieding die hij, gelet op de door de onderneming verstrekte informatie, het voordeligst acht. Met name de volgende criteria zijn van doorslaggevend belang:

— de conformiteit van de aanbieding;

— het bedrag ervan;

— de ervaring en de bekwaamheid van het permanente team voor de uitvoering van prestaties van dezelfde soort als die welke in het bestek zijn beschreven;

— de ervaring en de technische bekwaamheid van de onderneming;

— het voorstel inzake de veiligheidscoördinator;

— de kwaliteit van de eventuele voorgestelde onderaannemers en leveranciers;

— de technische kwaliteit van het voorgestelde materieel en van de voorgestelde materialen;

— de voorgestelde maatregelen om de uitvoeringstermijnen te halen.

[...]"

9 In het bestek werd gepreciseerd dat de opdracht een raamovereenkomst is die beide partijen bindt voor de algemene administratieve en technische aangelegenheden, alsmede voor de wijze waarop de prijzen, de kwaliteit en de termijnen worden vastgesteld.

10 Het bestek voorzag in drie soorten prestaties. In de eerste plaats diende de ondernemer een permanent polyvalent team van 16 personen samen te stellen. Dit team had tot taak de voorbereiding, het beheer en de coördinatie van de inrichtings- en onderhoudswerken, alsmede de uitvoering van een deel van deze werken. De inschrijvers waren verplicht om in deel A van een samenvattend quantabestek zowel de eenheidsprijs per uur per lid van het permanente team als de totale prijs voor de prestaties van het permanente team op basis van een aangenomen hoeveelheid van 1 800 uur per lid op te geven. Voorts omvatte de opdracht met name twee soorten projecten. De eerste soort bestond uit inrichtings- en onderhoudswerken die nog niet door de Raad waren omschreven. Voor deze werken waren de inschrijvers verplicht om in deel B van het samenvattend quantabestek opgave te doen van hun prijs voor elke post van een exemplatieve lijst van arbeidsprestaties en leveringen van materiaal. De tweede soort betrof zeven posten van werken die op het ogenblik van de aanbesteding reeds door de Raad waren omschreven, maar waaromtrent de Raad later kon beslissen of zij zouden worden uitgevoerd. Voor deze werken moesten de inschrijvers in deel C van het samenvattend quantabestek een prijs opgeven.

11 Volgens het bestek zouden de prestaties van het permanente team worden vergoed tegen de prijs die wordt verkregen door de contractuele tarieven op de effectieve duur van de prestaties toe te passen, terwijl de prestaties betreffende de verschillende projecten van deel B en C van het samenvattend quantabestek tegen de inschrijvingsprijs zouden worden vergoed. In de drie gevallen moesten de inschrijvers bij de vaststelling van hun tarieven en prijzen ermee rekening houden dat bij de facturering een verhogingscoëfficiënt of een vermenigvuldigingsfactor voor de „algemene zetelkosten" zou worden toegepast.

12 Het bestek vermeldde immers dat in de prijzen en tarieven voor de delen A, B en C van het samenvattend quantabestek niet waren begrepen „de ter zetel van de onderneming geleverde prestaties of de prestaties die daarmee in verband staan, zoals [met name]: de indirecte personeelskosten voorzover deze niet in de tarieven zijn begrepen; het personeelsbeheer; de algemene werkingskosten; de algemene boekhouding; de aannemersverzekeringen en de verzekeringen burgerlijke aansprakelijkheid; de waarborg voor de voltooiing der werken; de vergoeding van de

bedrijfsleiders; de kosten van opleiding van het personeel; de belastingen [en] de opbrengsten van de onderneming". De zonet genoemde „algemene zetelkosten" zouden worden vergoed aan de hand van een vaste verhogingscoëfficiënt of een vermenigvuldigingsfactor die door de inschrijvers bij hun inschrijving op de aanbesteding moest worden vastgesteld en die op de prijzen en tarieven van de in de delen A, B en C van het samenvattend quantabestek bedoelde prestaties zou worden toegepast. Uit het dossier blijkt bovendien dat indien de geselecteerde inschrijver voor de uitvoering van werken een beroep zou doen op onderaannemers, hij de prijs van de onderaannemers met de in zijn aanbieding vermelde verhogingscoëfficiënt mag verhogen. Het kon daarbij zowel gaan om in het bestek opgenomen werken als om andere werken.

13 Het is van belang te preciseren dat de voor de delen A en B voorgestelde prijzen slechts een ruwe schatting waren van de kosten van die prestaties over één jaar, terwijl de voor deel C voorgestelde prijs deze was van bepaalde in het bestek genoemde projecten die zouden worden uitgevoerd in de looptijd van de overeenkomst.

14 In totaal waren er acht gegadigden, die op 28 oktober 1999 werden ingelicht dat zij waren uitgekozen om aan de niet-openbare aanbesteding deel te nemen. Drie van de acht gegadigden dienden een aan de eisen beantwoordende aanbieding in, te weten Strabag Benelux NV (hierna: „Strabag"), de vennootschap Entreprises Louis De Waele (hierna: „De Waele") en verzoekster.

15 Op 11 januari 2000 diende verzoekster een aanbieding in voor een bedrag van 3 946 745,49 euro per jaar. Deze aanbieding werd conform het bestek bevonden.

16 Na een eerste onderzoek van verzoeksters aanbieding was de Raad van mening dat bepaalde prijzen „abnormaal laag" leken en dat andere prijzen „zelfs de levering van het materiaal en de uitrusting niet [dekten]". Bij brief van 20 januari

2000 verzocht de Raad verzoekster haar berekeningen te verifiëren en preciseerde hij de betrokken posten. De Raad merkte tevens op dat verzoekster had nagelaten bepaalde prijzen voor keukenuitrusting op te geven.

17 Bij brief van 24 januari 2000 bevestigde verzoekster de Raad haar prijzen en betwistte zij dat die abnormaal laag waren. In de brief werd gepreciseerd:

„[...] wij hebben onze aanbieding met de grootste zorg geraamd en voorbereid en hebben onze vaste leveranciers (waarmee wij gedurende vele jaren intensief hebben samengewerkt) betrokken bij het formuleren van onze prijzen. Wij hebben onze aanbieding gedaan met als doel uitermate competitief te zijn (met naleving van alle technische vereisten) teneinde de overeenkomst in de wacht te slepen."

18 Bij brief van 1 februari 2000 verzocht de Raad verzoekster om inlichtingen aangaande bepaalde prijzen die niet in haar aanbieding waren opgenomen. De Raad wees er tevens op dat, hoewel verzoekster in haar brief van 24 januari 2000 de door de Raad als abnormaal laag beschouwde prijzen had bevestigd, deze brief geen enkele motivering gaf voor deze prijzen, waarvan sommige, met name die betreffende het sanitair, zelfs de levering van het materiaal niet dekten. Vervolgens vroeg de Raad om aanvullende inlichtingen betreffende een honderdtal posten.

19 De vertegenwoordigers van verzoekster en van de Raad zijn op 9 februari 2000 te Brussel bijeengekomen om bepaalde punten van de aanbieding op te helderen. Ten vervolge op deze vergadering antwoordde verzoekster bij brief van 11 februari 2000 formeel op de brief van de Raad van 1 februari 2000, waarbij

zij in het algemeen de in haar aanbieding van 11 januari 2000 voorgestelde prijzen handhaafde en ter rechtvaardiging daarvan aanvoerde dat het door het samenvoegen van posten mogelijk werd dat de verschillende prijzen tegen elkaar opwogen. Zij preciseerde met name:

„dat het ons beleid is geweest ieder project te ramen op basis van een forfaitaire prijs en daarbij de kosten van de verschillende posten te splitsen op een niet steeds homogene wijze die het evenwel mogelijk maakt bij de voorbereiding van de aanbieding tijd te winnen. Bovendien geldt dit niet uitsluitend voor de kosten, maar eveneens voor de in de aanbieding verdisconteerde winsten. Wij bevestigen onze verbintenis om de werken overeenkomstig onze aanbieding en uw eisen geheel of gedeeltelijk uit te voeren. Wij hebben de aan onze beslissing verbonden risico's ingeschat."

20 Op basis van een advies van de raadgevende commissie voor aankopen en overeenkomsten (hierna: „RCAO") van 5 april 2000 en van een diezelfde dag aan de RCAO voorgelegd rapport (hierna: „rapport aan de RCAO") gunde de Raad op 12 april 2000 de opdracht aan De Waele, die voor 4 088 938,10 euro per jaar had ingeschreven. Dit besluit werd bij aankondiging nr. 054869 op 29 april 2000 bekendgemaakt (PB S 84).

21 Bij brief van 14 april 2000 deelde de Raad verzoekster mee dat haar inschrijving was afgewezen.

22 Bij brief van 26 april 2000 verzocht verzoekster de Raad „haar binnen een termijn van acht dagen de officiële motivering voor de afwijzing van haar inschrijving door de gemeenschapsautoriteit" mee te delen. Bij brief van 10 mei 2000 herhaalde verzoekster deze vraag.

23 Bij brief van 11 mei 2000 antwoordde de Raad op verzoeksters vraag als volgt:

„Overeenkomstig de bepalingen van richtlijn 93/37/EEG van de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, werden de gunningscriteria voor de opdracht vermeld in het bestek van de aanbesteding [...]

Bijgevolg werden de drie op 11 januari 2000 ontvangen aanbiedingen aan de hand van deze criteria onderzocht en vergeleken. Op grond daarvan werd de opdracht gegund aan De Waele, die de economisch voordeligste aanbieding had gedaan.

Ter informatie voeg ik hieraan toe dat Renco's aanbieding voor geen van de acht in het bestek genoemde criteria beter was gerangschikt dan die van De Waele."

24 Bij brief van 15 mei 2000 merkte verzoekster op dat haars inziens haar aanbieding voordeliger was dan die van De Waele, en verzocht zij de Raad om aanvullende inlichtingen aangaande de afwijzing van haar aanbieding.

25 Bij faxbericht van 24 mei 2000 verzocht verzoekster om een antwoord op haar brief van 15 mei 2000, en bij brief van 2 juni 2000 herhaalde zij haar in haar brief van 26 april 2000 geformuleerde verzoek. Zij verzocht tevens om een „kopie van de processen-verbaal van de met de beoordeling van de inschrijvingen voor genoemde opdracht belaste commissie".

26 Bij brief van 14 juni 2000 antwoordde de Raad op verzoeksters brieven van 15 mei en 2 juni 2000 en verstrekte hij haar nadere gegevens aangaande de

afwijzing van haar aanbieding. De Raad vermeldde de positie van verzoeksters aanbieding in vergelijking met die van De Waele en Strabag met betrekking tot de acht gunningscriteria. Meer in het bijzonder wat het bedrag van de aanbieding betreft, preciseerde de Raad dat verzoeksters aanbieding derde was gerangschikt gelet op „het zeer groot aantal prijzen dat abnormaal laag was en waarvoor [zij] geen passende motivering aandroeg [...], de hoge vermenigvuldigingsfactor voor algemene kosten [en] de hogere prijs voor de opdracht wanneer men die bekijkt over de contractsduur van vijf jaar". De Raad besloot als volgt:

„Hoewel [verzoeksters] inschrijving op korte termijn de goedkoopste lijkt, wordt zij niet gekozen, enerzijds wegens de prijs van haar offerte over vijf jaar en de vele vragen betreffende haar prijzen, en anderzijds omdat zij voor andere beoordelingscriteria niet beter is gerangschikt dan De Waele."

27 Bij brief van 21 juni 2000 verzocht verzoekster de Raad opnieuw haar een kopie van het administratief dossier mee te delen. Bij brief van 4 juli 2000 weigerde de Raad op dit verzoek in te gaan.

28 Bij verzoekschrift, neergelegd bij het Gerecht op 3 augustus 2000 en ingeschreven onder nummer T-205/00, stelde verzoekster een beroep in tot nietigverklaring van het besluit van de Raad van 4 juli 2000 waarbij haar de toegang tot het administratief dossier betreffende de beoordeling van de aanbiedingen werd geweigerd.

29 Bij brief, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 5 februari 2001, deelde verzoekster het Gerecht mee dat zij beroep in zaak T-205/00 introk, daar de Raad op 12 oktober 2000 via de griffie samen met zijn verweerschrift uiteindelijk het administratief dossier over de beoordeling van de aanbiedingen had meegedeeld.

Procesverloop en conclusies van partijen

30 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 5 januari 2001, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.

31 Het Gerecht (Vijfde kamer) heeft, op rapport van de rechter-rapporteur, besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan. In het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang als bedoeld in artikel 64 van het Reglement voor de procesvoering heeft het Gerecht de partijen een aantal schriftelijke vragen gesteld en de Raad verzocht een aantal gegevens mee te delen, hetgeen binnen de gestelde termijn is gebeurd.

32 De pleidooien van partijen en hun antwoorden op de vragen van het Gerecht zijn gehoord ter terechtzitting van 7 februari 2002.

33 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren;

— de Raad te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding van 26 063 000 euro, vermeerderd met compensatoire interessen vanaf 12 april 2000;

— de Raad te verwijzen in de kosten.

34 De Raad concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep ongegrond te verklaren;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

35 Verzoekster vordert 26 063 000 euro ter vergoeding van de schade die zij heeft geleden ten gevolge van het onrechtmatig handelen van de Raad in de procedure voor het plaatsen van de betrokken opdracht. Zij betoogt dat de Raad de grenzen van zijn bevoegdheid heeft overschreden en bij het voeren van deze procedure blijk heeft gegeven van kennelijke onzorgvuldigheid. De aan de Raad toe te rekenen tekortkomingen zijn:

— de opname in het bestek van vage selectiecriteria die een te grote beoordelingsmarge laten met betrekking tot de opdracht;

— het in strijd met artikel 18 van richtlijn 93/37 hanteren van niet in het bestek gespecificeerde criteria bij de uiteindelijke keuze van de contractant, waardoor verzoeksters gewettigde verwachtingen werden beschaamd;

— het ontbreken van motivering van de afwijzing van verzoeksters aanbieding.

36 Primair meent de Raad dat verzoeksters vordering ongegrond is, en subsidiair dat het bedrag van de gevorderde schadevergoeding excessief is. Hij betoogt dat hij zich aan geen van de hem verweten tekortkomingen schuldig heeft gemaakt, en dat hoe dan ook deze „tekortkomingen geen voldoende gekwalificeerde schendingen" in de zin van de rechtspraak vormen. Dienaangaande herinnert hij eraan dat volgens het arrest van het Hof van 4 juli 2000, Bergaderm en Goupil/Commissie (C-352/98 P, Jurispr. blz. I-5291), alleen wanneer de betrokken instelling slechts een zeer beperkte of in het geheel geen beoordelingsmarge heeft, de enkele inbreuk op het gemeenschapsrecht kan volstaan om een voldoende gekwalificeerde schending te doen vaststellen die de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap op grond van artikel 288 EG kan doen ontstaan. Bovendien is het vaste rechtspraak dat de Raad, evenals de andere instellingen, met betrekking tot de factoren die in aanmerking moeten worden genomen bij een besluit tot de gunning van een opdracht, over een aanzienlijke beoordelingsvrijheid beschikt, en dat de gemeenschapsrechter enkel dient te toetsen of er geen sprake is van een ernstige klaarblijkelijke fout (arrest Hof van 23 november 1978, Agence européenne d'intérims/Commissie, 56/77, Jurispr. blz. 2215, punt 20; arresten Gerecht van 8 mei 1996, Adia Interim/Commissie, T-19/95, Jurispr. blz. II-321, punt 49; 17 december 1998, Embassy Limousines & Services/Parlement, T-203/96, Jurispr. blz. II-4239, punt 56, en 6 juli 2000, AICS/Parlement, T-133/99, Jurispr. blz. II-2849).

Argumenten van partijen

Het gebruik van vage selectiecriteria

37 Verzoekster verwijt de Raad dat hij in het bestek te vage selectiecriteria heeft gehanteerd. Zij stelt dat „uit het bestek immers blijkt dat elementen inzake de

bekwaamheid van de ondernemer en zijn onderaannemers als doorslaggevend dienden te worden beschouwd, waarbij de criteria met betrekking tot de aanbieding zelf — met uitzondering van de ‚conformiteit' en de ‚prijs' — verbazend genoeg bijna ontbraken", terwijl „slechts objectieve gegevens in verband met de uitvoering van de opdracht en dus van de aanbieding de gelijkheid tussen de inschrijvers [hadden kunnen] handhaven waardoor moeilijk te rechtvaardigen waardeoordelen [hadden kunnen worden] vermeden". Bovendien worden in artikel 30, lid 1, sub b, van richtlijn 93/37, betreffende „de economisch voordeligste aanbieding", slechts criteria met betrekking tot de aanbieding zelf genoemd, waarvan bepaalde moeilijk te hanteren criteria uit het bestek — zoals de ervaring en de technische bekwaamheid van de onderneming en de kwaliteit van de eventuele onderaannemers en leveranciers — geen deel kunnen uitmaken.

38 De Raad meent dat dit standpunt niet kan worden bijgetreden. In de aanbesteding werden duidelijk de acht criteria gepreciseerd aan de hand waarvan over de gunning van de opdracht moest worden beslist (zie punt 8). Uit deze criteria blijkt duidelijk dat niet alleen met de conformiteit en de prijs van de aanbieding rekening diende te worden gehouden, maar dat de gunning ging naar „de economisch voordeligste aanbieding" in de zin van artikel 30, lid 1, sub b, van richtlijn 93/37 (zie punt 6). Volgens de Raad bevat deze bepaling slechts een exemplatieve lijst van de criteria waarmee rekening kan worden gehouden, en kunnen deze criteria per opdracht verschillen. In casu werden in de aanbesteding duidelijk acht criteria gepreciseerd, waaronder de ervaring en de technische bekwaamheid van de onderneming en de kwaliteit van de voorgestelde eventuele onderaannemers en leveranciers. De Raad voegt hieraan toe dat verzoekster niet aantoont dat hij de beoordelingsmarge waarover hij bij het opstellen van deze criteria beschikte, ernstig en kennelijk heeft overschreden. Hij merkt op dat zowel uit de briefwisseling met verzoekster als uit het rapport aan de RCAO blijkt dat hij de drie aanbiedingen objectief heeft onderzocht aan de hand van de acht criteria van het bestek.

Het hanteren van niet in het bestek gepreciseerde criteria

39 Verzoekster stelt dat de Raad zijn keuze van de inschrijver niet op de in het bestek vermelde criteria heeft gebaseerd. Zij betoogt dat haar aanbieding conform het

bestek was, dat zij afdoende beantwoordde aan de andere criteria en dat de prijs ervan ruim onder die van de andere aanbiedingen lag. Door andere, niet ter kennis van verzoekster gebrachte criteria toe te passen heeft de Raad verzoeksters gewettigd vertrouwen in de regelmatigheid van de procedure voor het plaatsen van de opdracht en in de naleving van de opgelegde voorwaarden beschaamd en het door de rechtspraak aan de instellingen opgelegde algemene beginsel van zorgvuldigheid en nauwkeurigheid geschonden (arrest Gerecht van 19 maart 1997, Oliveira/Commissie, T-73/95, Jurispr. blz. II-381). De Raad heeft verzoeksters aanbieding hoofdzakelijk afgewezen wegens abnormaal lage prijzen, een te hoge vermenigvuldigingsfactor en te hoge totale prijzen over de totale duur van vijf jaar van de opdracht. Verzoekster heeft echter afdoende uitgelegd hoe zij elk van deze elementen heeft vastgesteld, en heeft op die manier aangetoond dat de criteria die de Raad werkelijk bij zijn keuze hebben geleid, niet gerechtvaardigd waren en verzoeksters gewettigde verwachtingen hebben beschaamd. Verzoekster voegt hieraan toe dat indien de Raad zich op het bestek had gebaseerd, haar afwijzing geenszins zou zijn gerechtvaardigd.

40 Wat de als abnormaal laag aangemerkte prijzen betreft, deze worden verklaard door het feit „dat deze prijzen totale prijzen en geen eenheidsprijzen waren, zodat bepaalde lage prijzen door andere, hogere prijzen konden worden gecompenseerd" (zie met name punten 17 en 19). Bovendien maakte verzoekster in haar brief van 24 januari 2000 (zie punt 17) gewag van haar geprivilegieerde betrekkingen met haar vaste leveranciers. Overigens verplicht artikel 30, lid 4, van richtlijn 93/37 de aanbestedende dienst niet om alle abnormaal lage prijzen af te wijzen. Deze bepaling legt alleen de verplichting op om preciseringen te vragen over de samenstelling van abnormaal laag lijkende inschrijvingen. De opgave van abnormaal lage eenheidsprijzen, terwijl de totale prijzen van de verschillende posten niet abnormaal laag waren, kan dus het besluit van de Raad niet rechtvaardigen.

41 Wat de vermenigvuldigingsfactor voor de algemene kosten betreft, verbaast verzoekster zich erover dat de Raad een coëfficiënt van 20 % hoog vond, maar daarentegen niet was verrast dat De Waele en Strabag een vermenigvuldigingscoëfficiënt van 6 à 8 % hadden gebruikt, hoewel deze coëfficiënt volgens het

bestek alle in punt 12 van dit arrest genoemde kosten moest dekken. Verzoekster paste de coëfficiënt van 20 % toe overeenkomstig de beginselen van goed beheer van een onderneming. Volgens deze beginselen is het onmogelijk de negen genoemde kostenfactoren met een coëfficiënt van 6 à 8 % te dekken. Bovendien werd in het bestek geenszins aanbevolen dat deze coëfficiënt zo laag mogelijk moest zijn.

42 Wat de berekening van de prijs der inschrijvingen over de totale duur van vijf jaar van de opdracht betreft, is de Raad verkeerdelijk tot de slotsom gekomen dat verzoeksters aanbieding op lange termijn minder concurrentieel was. Verzoekster merkt op dat dit criterium niet in het bestek voorkomt en dat deze berekeningswijze op het moment van de aanbesteding dus onvoorzienbaar was. Zij beklemtoont tevens dat deze berekeningswijze verkeerd is omdat zij leidt tot een totale prijs die niet met de reële kostprijs over deze duur kan overeenstemmen. Niet kan worden betwist dat bepaalde prijzen konden veranderen en dat andere slechts eenmaal dienden te worden betaald.

43 Verzoekster betoogt bovendien dat alleen zij zich aan het bestek heeft gehouden en haar winstmarge over „deel A" van haar prijs heeft omgeslagen, zoals haar door de officiële aanbestedingsdocumenten werd opgelegd, terwijl Strabag en De Waele de winstmarge over de posten B en C hadden omgeslagen. Derhalve was het onvermijdelijk dat zij in het nadeel kwam bij de globalisering van post A alleen en dat haar aanbieding op dit punt duurder was dan die van de twee andere vennootschappen (zie punten 10 tot en met 13). Bovendien had de Raad de vermenigvuldigingsfactor voor de algemene kosten en de duur van de overeenkomst niet cumulatief in aanmerking mogen nemen, daar deze twee gegevens in werkelijkheid één geheel vormen.

44 Verzoekster is tevens van mening dat de redenering die de Raad bij de beoordeling van het criterium van de ervaring en de technische bekwaamheid van de onderneming heeft gevolgd, niet is aangegeven en evenmin duidelijk is.

45 De Raad betoogt dat verzoeksters argumenten niet kunnen worden aanvaard. De Raad heeft zijn eindkeuze gebaseerd op de in de aanbesteding en het bestek vermelde criteria en heeft zorgvuldig onderzocht of de drie aanbiedingen aan elk van deze criteria voldeden.

46 De Raad merkt op dat zijn onderzoek van verzoeksters aanbieding tot de volgende conclusies heeft geleid:

„— conformiteit: ex aequo van de drie gegadigden [...];

— prijs van de aanbieding: [verzoekster] op de derde plaats;

— kwalitatieve criteria: voor drie criteria komt [verzoekster] op de laatste plaats, voor één criterium staat zij ex aequo op de laatste plaats en voor twee andere criteria staan de drie inschrijvers ex aequo".

47 Volgens de Raad is de conformiteit van de aanbieding een absoluut criterium in die zin dat de onderneming die hieraan niet voldoet, meteen wordt uitgesloten zonder dat haar aanbieding behoeft te worden onderzocht. Het criterium van de prijs van de aanbieding is een objectief criterium doordat het de mogelijkheid biedt een rangschikking van de aanbiedingen op te stellen. De Raad merkt op dat de laagste aanbieding voor haar de voordeligste is op voorwaarde dat deze beantwoordt aan de kwalitatieve criteria. De overige criteria zijn allemaal kwalitatieve criteria en maken het mogelijk de kwaliteit en de bekwaamheid van de onderneming en het team alsmede de voorgestelde middelen te beoordelen. Zij zijn echter minder belangrijk dan de conformiteit en de prijs, aangezien deze kwalitatieve criteria reeds in de eerste fase van de aanbesteding ten dele zijn gehanteerd met betrekking tot het aanvraagdossier.

48 Wat de abnormaal lage prijzen betreft, betoogt de Raad dat hij volgens artikel 30, lid 4, van richtlijn 93/37 verplicht is elke abnormaal lage prijs die niet kan worden gemotiveerd, af te wijzen. Hij voegt hieraan toe dat deze bepaling hem de mogelijkheid biedt om preciseringen aangaande de abnormaal lage prijzen te vragen en de aanbieding af te wijzen wanneer deze preciseringen geen uitsluitsel geven. Overeenkomstig deze bepaling heeft de Raad verzoekster tweemaal vragen gesteld over een groot aantal abnormaal lage prijzen, doch verzoekster heeft voor deze prijzen slechts vage verklaringen gegeven en heeft zich ertoe beperkt te bevestigen dat deze prijzen juist waren (zie met name punten 16 tot en met 19). De Raad voegt hieraan toe dat verzoeksters „globale" manier van inschrijven op een aanbesteding sterk op speculatie lijkt en derhalve onaanvaardbaar is.

49 Wat de vermenigvuldigingsfactor voor de algemene kosten betreft, betoogt de Raad dat dit een belangrijk element bij de organisatie van de opdracht is. Deze factor diende volgens de Raad te worden toegepast op de „blote" prijzen van alle prestaties en komt in het bestek voor daar het een onderdeel van het criterium „prijs" is (zie punten 11 en 12). De Raad merkt op dat deze coëfficiënt in verzoeksters aanbieding zeer hoog was en dat hij in de aanbiedingen van de twee andere inschrijvers veel lager en meer in overeenstemming met de marktpraktijken was. Het door verzoekster voorgestelde hoge percentage vormde bijgevolg voor de Raad een financieel risico indien verzoekster voor werken die geen deel uitmaakten van de in het samenvattend quantabestek gespecificeerde prestaties, een beroep zou hebben moeten doen op onderaannemers. In een dergelijk geval zouden de werkelijke kosten voor de Raad hebben bestaan uit de prijs van de onderaanneming of de levering verhoogd met de bedoelde coëfficiënt. In een dergelijke hypothese zouden de werkelijke kosten voor de Raad in de aanbieding van verzoekster dus duidelijk hoger zijn dan in de aanbiedingen van de twee andere inschrijvers. Het staat bijgevolg aan verzoekster om aan te tonen dat de Raad zijn beoordelingsmarge ernstig en kennelijk heeft overschreden door te oordelen dat de door haar voorgestelde coëfficiënt van 20 % voor de Raad een financieel risico vormde. Bovendien heeft verzoekster niets aangevoerd tot staving van haar bewering dat het onmogelijk was de negen in het bestek genoemde kostenfactoren (zie punt 12) te dekken door een met de marktpraktijken in overeenstemming zijnde marge van 6 à 8 %.

50 De Raad betoogt eveneens dat hij er belang bij had de prijzen van de aanbiedingen niet alleen op jaarbasis maar tevens over de ganse looptijd van

het contract te vergelijken. De Raad meent dat aangezien het bestek preciseerde dat de overeenkomst voor een periode van vijf jaar werd gesloten, het normaal en in zijn belang was, de kosten van de verschillende aanbiedingen te onderzoeken over deze periode. Hij voegt hieraan toe dat uit deze vergelijking bleek dat verzoeksters aanbieding wegens de hoge verhogingscoëfficiënt niet economisch de meest voordelige was. Hij preciseert dat de werken van deel C van de inschrijving (de reeds omschreven projecten) slechts eenmaal konden worden uitgevoerd, terwijl de prestaties van de delen A en B konden worden uitgevoerd tijdens de gehele looptijd van de overeenkomst. De Raad heeft de aanbiedingen van de gegadigden op het financiële vlak onderzocht aan de hand van objectieve en identieke criteria. „Deze twee criteria [blijken] duidelijk uit het bestek:

— het theoretische werkvolume over een jaar (= prijs inschrijving), d.w.z.: A + B + 50 % C;

— het theoretische werkvolume over vijf jaar (= duur van de overeenkomst), d.w.z.: 5A + 5B + 100 % C."

51 Aangaande verzoeksters argument inzake de cumulatie door de Raad van een hoge vermenigvuldigingsfactor en de duur van de overeenkomst (zie punt 43), verklaart de Raad, de strekking hiervan niet te begrijpen.

52 Wat de kwalitatieve criteria betreft, merkt de Raad tevens op dat verzoekster geen afdoend antwoord heeft gegeven omtrent het vijfde criterium (inzake de veiligheidscoördinator) en het zesde criterium (inzake de onderaannemers).

Het ontbreken van motivering

53 Verzoekster betoogt dat de Raad de bepalingen van artikel 8 van richtlijn 93/37, die hem verplichten om haar binnen een termijn van vijftien dagen te rekenen vanaf de datum van het verzoek de redenen voor de afwijzing van haar inschrijving mee te delen, op flagrante wijze heeft geschonden. Zij betoogt dat de Raad tevens de nationale bepalingen (Belgische wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten) inzake het plaatsen van overheidsopdrachten heeft geschonden. Volgens deze bepalingen moeten de beslissingen van aanbestedende diensten met redenen worden omkleed en zijn discriminatoire technieken verboden. In casu heeft de Raad zich evenwel beperkt tot vage overwegingen die verzoekster geenszins in staat stellen haar effectieve kansen op gunning van de opdracht alsmede de motivering van het besluit te beoordelen.

54 Verzoekster meent dat de toepassing van de Belgische wet niet kan worden uitgesloten op grond dat alleen richtlijn 93/37 de transparantie en de motiveringsplicht van de communautaire aanbestedende dienst regelt. Op bladzijde 32 van het bestek wordt immers gepreciseerd dat „onverminderd specifieke op de Europese Gemeenschappen toepasselijke bepalingen het Belgische recht van toepassing is op de opdracht". Verzoekster stelt tevens dat door haar beroep in zaak T-205/00 in te trekken (zie punten 28 en 29), zij alleen afstand van instantie heeft gedaan, en niet van haar recht. Dat beroep betrof slechts het besluit van de Raad, haar het gevraagde administratieve dossier niet te verstrekken, en niet de rechtmatigheid van de afwijzing van de aanbieding door de Raad. Verzoekster stelt dat zij, gelet op artikel 8 van richtlijn 93/37, deze afwijzing in elk geval nog steeds kan betwisten wat de motivering ervan betreft.

55 Verzoekster betoogt dat de brief van de Raad van 11 mei 2000 (zie punt 23), die het eerste antwoord vormt op haar verzoek om de officiële motivering voor de afwijzing van haar inschrijving door de gemeenschapsautoriteit, niet de door richtlijn 93/37 vereiste mededeling van de redenen voor de afwijzing kan vormen, omdat deze brief geen enkele reden geeft. Zij voegt hieraan toe dat de brief van de

Raad van 14 juni 2000 (zie punt 26) evenmin de vereiste motivering kan vormen, omdat deze brief meer dan anderhalve maand na haar eerste verzoek en één maand na haar verzoek om precisering van 15 mei 2000 (zie punt 24) is geschreven, en slechts een rangschikking van de drie gegadigden volgens de acht criteria geeft, zonder enige rechtvaardiging, behalve met betrekking tot het criterium van de prijs, waarvan de toepassing wordt betwist.

56 De Raad meent dat verzoeksters grief inzake het gebrek aan transparantie van alle grond is ontbloot. Hij betoogt dat de Belgische wet van 24 december 1993 in casu niet van toepassing is, omdat hij als aanbestedende dienst voor een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken „richtlijn 93/37 moet naleven, de enige regeling inzake de transparantie en de motiveringsplicht van de communautaire aanbestedende dienst".

57 De Raad merkt op dat verzoekster op basis van artikel 8, lid 1, van deze richtlijn een beroep tot nietigverklaring van het besluit houdende afwijzing van haar verzoek om het „administratieve dossier" te verkrijgen had ingesteld en dat zij dit beroep heeft ingetrokken, omdat de Raad haar dit dossier tijdens de procedure voor het Gerecht heeft bezorgd. De Raad meent dat uit deze intrekking moet worden afgeleid dat verzoekster de wettigheid van de afwijzing van haar aanbieding niet langer betwist, wat de motivering ervan betreft.

58 De Raad verklaart dat hij heeft voldaan aan de motiveringsplicht van richtlijn 93/37 doordat hij verzoekster bij brief van 14 april 2000 om te beginnen de afwijzing van haar aanbieding heeft meegedeeld, en nadien bij brief van 11 mei 2000 heeft geantwoord op verzoeksters uitdrukkelijke vraag van 26 april en 10 mei 2000 om haar de officiële motivering voor de afwijzing van haar inschrijving door de gemeenschapsautoriteit mee te delen. In de brief van 11 mei 2000 heeft de Raad aan verzoekster de gevolgde procedure uiteengezet, alsmede de redenen voor de afwijzing van haar aanbieding en de redenen waarom de aanbieding van De Waele was gekozen.

Beoordeling door het Gerecht

59 Artikel 288, tweede alinea, EG bepaalt dat inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid de Gemeenschap overeenkomstig de algemene beginselen welke de lidstaten gemeen hebben, de schade moet vergoeden die door haar instellingen of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt.

60 Voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap moeten een aantal voorwaarden zijn vervuld, te weten onrechtmatigheid van de aan de instellingen verweten gedraging, werkelijk geleden schade en een causaal verband tussen de gestelde gedraging en de aangevoerde schade. Wat de eerste voorwaarde betreft, moet volgens de rechtspraak worden aangetoond dat er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel die ertoe strekt de particulieren te beschermen (zie in deze zin reeds aangehaald arrest Bergaderm en Goupil/Commissie, punt 42, en arrest Gerecht van 11 januari 2002, Biret et Cie/Raad, T-210/00, Jurispr. blz. II-47, punt 52). Wanneer aan één van die voorwaarden niet is voldaan, moet het beroep in zijn geheel worden verworpen, zonder dat de overige voorwaarden voor deze aansprakelijkheid behoeven te worden onderzocht (arrest Hof van 15 september 1994, KYDEP/Raad en Commissie, C-146/91, Jurispr. blz. I-4199, punt 19).

61 Wat de voorwaarde inzake de onrechtmatigheid van de gedraging van de Gemeenschap betreft, verwijt verzoekster de Raad in casu de bepalingen van richtlijn 93/37 te hebben geschonden door, gelet op de in punt 35 genoemde tekortkomingen, de grenzen van zijn bevoegdheid te hebben overschreden en kennelijk onzorgvuldig te hebben gehandeld bij het voeren van de aanbestedingsprocedure.

62 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de Raad met betrekking tot de factoren die in aanmerking moeten worden genomen bij een besluit tot de gunning van een opdracht, over een aanzienlijke beoordelingsvrijheid beschikt (reeds aangehaalde arresten Agence européenne d'intérims/Commissie, punt 20; Adia Interim/Commissie, punt 49, en Embassy Limousines & Services/Parlement, punt 56).

63 Wanneer de instelling over een beoordelingsmarge beschikt, moet als beslissend criterium om vast te stellen dat een schending van het gemeenschapsrecht voldoende gekwalificeerd is, worden gehanteerd de kennelijke en ernstige miskenning door deze instelling van de grenzen waarbinnen diens discretionaire bevoegdheid dient te blijven (zie in deze zin arresten Hof van 5 maart 1996, Brasserie du pêcheur en Factortame e.a., C-46/93 en C-48/93, Jurispr. blz. I-1029, punt 55, en 8 oktober 1996, Dillenkofer e.a., C-178/94, C-179/94 en C-188/94—C-190/94, Jurispr. blz. I-4845, punt 25, en arrest Bergaderm en Goupil/Commissie, reeds aangehaald, punt 43). Hieruit volgt dat aan de eerste voorwaarde voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap slechts is voldaan wanneer is aangetoond dat de Raad zich schuldig heeft gemaakt aan de in punt 35 vermelde fouten en tekortkomingen, en deze een kennelijke en ernstige miskenning vormen van de grenzen waarbinnen diens discretionaire bevoegdheid inzake aanbestedingen dient te blijven.

Opmerkingen vooraf

64 Het Gerecht acht het opportuun vooraf te herinneren aan bepaalde specifieke kenmerken van de opdracht waarop de aanbesteding betrekking had. Ten eerste zou de betrokken opdracht niet worden gegund aan de inschrijver met de laagste aanbieding, maar wel aan de economisch voordeligste, wat impliceert dat

afhankelijk van de betrokken opdracht verschillende criteria worden toegepast (zie met name punt 65). Ten tweede moest de procedure leiden tot het sluiten van een raamovereenkomst voor vijf jaar, verlengbaar met perioden van twaalf maanden. Ten derde ging het om een gemengde opdracht met drie verschillende soorten prestaties waarvoor verschillende wijzen van prijsbepaling golden. Bovendien betrof deel B van de overeenkomst een groot aantal prestaties die slechts tijdens de uitvoering van de overeenkomst zouden worden omschreven en vergoed. Gelet op de specifieke kenmerken van de opdracht impliceerde de vergelijking van de aanbiedingen door de Raad noodzakelijkerwijs niet alleen de controle van de juistheid en de betrouwbaarheid van de in de aanbiedingen opgegeven eenheidsprijzen, maar tevens een op de formulering van de opdracht en de in de aanbiedingen opgegeven prijzen gebaseerde raming van de totale kosten van de in de aanbesteding bepaalde soorten prestaties over vijf jaar.

Het gebruik van vage selectiecriteria

65 Wat de vermeende vage gunningscriteria betreft, zij om te beginnen opgemerkt dat de Raad, door artikel 30, lid 1, van richtlijn 93/37 toe te passen, in zijn aanbesteding niet „alleen de laagste prijs", maar wel „de economisch voordeligste aanbieding" als criterium heeft gekozen. Artikel 30, lid 1, sub b, van richtlijn 93/37 betreffende de economisch voordeligste aanbieding bepaalt dat de toepasselijke criteria „variëren naar gelang van de aard van de opdracht, zoals de prijs, de termijn voor uitvoering, de gebruikskosten, de rentabiliteit, de technische waarde".

66 Uit artikel 30, lid 2, van richtlijn 93/37 blijkt dat wanneer voor gunning aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbieding is gekozen, alle gunningscriteria die de Raad voornemens is te hanteren, in het bestek moeten worden

vermeld. Bovendien staat het volgens deze bepaling aan de Raad te kiezen welke gunningscriteria hij wil hanteren, op voorwaarde dat deze criteria de selectie van de economisch voordeligste aanbieding tot doel hebben. Ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieding dient de Raad immers een discretionaire beslissing te kunnen nemen op basis van kwalitatieve en kwantitatieve criteria die van geval tot geval kunnen verschillen (zie in die zin arrest Hof van 28 mei 1985, Commissie/Italië, 274/83, Jurispr. blz. 1077, punt 25).

67 Dienaangaande herinnert het Gerecht eraan dat in het kader van de analoge bepalingen van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1) het Hof heeft geoordeeld dat artikel 36, lid 1, sub a, van deze richtlijn niet aldus kan worden uitgelegd dat elk van de door de aanbestedende dienst gehanteerde criteria ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieding, noodzakelijk van zuiver economische aard is, daar immers niet kan worden uitgesloten dat niet zuiver economische factoren van invloed kunnen zijn op de waarde van een aanbieding voor die aanbestedende dienst (arrest Hof van 17 september 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Jurispr. blz. I-7213, punt 55).

68 Hieruit volgt dat artikel 30, lid 1, sub b, van richtlijn 93/37 niet aldus kan worden uitgelegd dat elk door de Raad ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieding gehanteerd criterium noodzakelijkerwijs kwantitatief moet zijn, dan wel uitsluitend moet zijn gericht op de prijzen of de tarieven van het samenvattend quantabestek. Verschillende niet zuiver kwantitatieve factoren kunnen immers van invloed zijn op de uitvoering van de werken en bijgevolg op de economische waarde van een aanbieding. Zo zijn de ervaring en de technische bekwaamheid van een inschrijver en zijn team, de vertrouwdheid met projecten als de betrokken opdracht en de kwaliteit van de voorgestelde onderaannemers allemaal kwalitatieve factoren die, indien zij niet het voor de opdracht vereiste niveau halen, vertragingen in de uitvoering van de werken kunnen meebrengen of aanvullende werken noodzakelijk kunnen maken. Hieruit volgt dat hoewel bepaalde in het bestek vermelde criteria voor de beoordeling van de bekwaamheid van een inschrijver om de werken uit te voeren niet zijn gekwantificeerd, zij op objectieve en uniforme wijze kunnen worden toegepast om de aanbiedingen te

vergelijken en duidelijk relevant zijn om de economisch voordeligste aanbieding te selecteren.

69 In casu zijn, zoals de Raad heeft gepreciseerd (zie punt 47), de acht in het bestek vermelde criteria kwalitatief en kwantitatief van aard, met uitzondering van het eerste criterium, betreffende de conformiteit van de aanbieding. Daar het criterium betreffende de conformiteit van de aanbieding absoluut is, moet een aanbieding worden afgewezen wanneer zij niet in overeenstemming is met het bestek. Het tweede criterium, betreffende het bedrag van de aanbieding, is kwantitatief en verstrekt een objectieve basis voor de vergelijking van de respectieve kosten, prijzen en tarieven van de aanbiedingen. De overige zes criteria zijn allemaal kwalitatief van aard en dienen hoofdzakelijk om na te gaan of de inschrijver beschikt over de voor de uitvoering van de werken noodzakelijke bekwaamheden en vaardigheden. Het Gerecht is van oordeel dat hoewel deze zes criteria, waaronder de ervaring en de technische bekwaamheid van de onderneming en de kwaliteit van voorgestelde eventuele onderaannemers, niet absoluut of kwantitatief zijn zoals de eerste twee, zij niet vaag zijn en alle zes objectief en concreet kunnen worden toegepast. Opgemerkt dient overigens te worden dat criteria zoals de ervaring en de technische bekwaamheid van de onderneming en de kwaliteit van de voorgestelde eventuele onderaannemers factoren zijn die de waarde van een aanbieding kunnen beïnvloeden en, anders dan verzoekster stelt, in een bestek op hun plaats zijn.

70 Verder merkt het Gerecht op dat verzoekster alleen stelt dat de in het bestek vermelde selectiecriteria het niet mogelijk maken de gelijkheid tussen de inschrijvers te handhaven, doch dienaangaande geen enkel bewijs aandraagt noch een discriminatie ten hare nadele aanvoert. In elk geval blijkt uit het dossier en het rapport aan de RCAO duidelijk dat de drie betrokken aanbiedingen met de vereiste zorg werden onderzocht en dat de gunningscriteria zonder onderscheid werden toegepast.

71 Vastgesteld moet derhalve worden dat, gelet op de aard van de opdracht, de acht in het bestek genoemde beoordelingscriteria transparant en ter zake dienend waren en ertoe strekten de economisch voordeligste aanbieding te kiezen.

72 Uit het voorgaande volgt dat de Raad de grenzen van zijn beoordelingsvrijheid niet heeft overschreden bij de formulering van de gunningscriteria in het bestek.

Het hanteren van niet in het bestek gespecificeerde criteria

73 Verzoekster meent tevens dat de Raad zijn keuze van de inschrijver niet op de in het bestek vermelde criteria heeft gebaseerd, maar wel op andere criteria, die haar niet ter kennis zijn gebracht, en dat haar gewettigd vertrouwen in de regelmatigheid van de procedure voor het plaatsen van de opdracht daardoor werd beschaamd. De Raad heeft verzoeksters aanbieding afgewezen om drie redenen, te weten de opgave van abnormaal lage prijzen in haar aanbieding, een te hoge vermenigvuldigingsfactor en te hoge totaalprijzen over de gehele duur van vijf jaar van de opdracht. Verzoekster stelt echter dat zij afdoende heeft uitgelegd hoe zij elk van deze gegevens heeft vastgesteld, en daardoor heeft aangetoond dat de criteria die de Raad werkelijk in zijn keuze hebben geleid, niet gerechtvaardigd waren en haar gewettigde verwachtingen hebben beschaamd.

74 Wat de door de Raad als abnormaal laag aangemerkte prijzen betreft, staat vast dat verzoekster in plaats van, zoals vereist, voor elke post van het bestek een prijs op te geven, voor bepaalde posten totale prijzen en geen eenheidsprijzen heeft vermeld. Volgens het rapport aan de RCAO werden prijzen van een inschrijver die lager waren dan de helft van de prijzen van de andere inschrijvers en van de raming van de architecten, als abnormaal laag aangemerkt, wat impliceerde dat de betrokken prijzen dubieus waren. Uit het dossier blijkt dat de Raad verzoekster meermaals heeft verzocht om precisering van een groot aantal prijzen die zijns inziens zelfs niet de levering van het materiaal en de uitrusting dekten. In weerwil van de talrijke contacten tussen partijen hieromtrent hield verzoekster vast aan de in haar aanbieding opgegeven prijzen. Zij deelde mee dat zij door de prijzen te globaliseren tijd won bij de voorbereiding van haar aanbieding en bevestigde dat haar prijzen juist waren. Zij verklaarde tevens dat

zij haar aanbieding samen met enkele van haar vaste leveranciers had voorbereid en zij bevestigde haar verbintenis de werken overeenkomstig haar aanbieding uit te voeren (zie met name punt 17).

75 Het Gerecht stelt vast dat verzoekster de Raad niet kan verwijten dat hij een groot aantal prijzen van haar aanbieding heeft gecontroleerd. Uit de formulering van artikel 30, lid 4, van richtlijn 93/37 blijkt immers dat het aan de Raad staat, in de eerste plaats de vermoedelijk onregelmatige inschrijvingen aan te wijzen, in de tweede plaats de betrokken ondernemingen in staat te stellen te bewijzen dat die inschrijvingen serieus zijn, door hun de door hem nuttig geachte toelichtingen te vragen, in de derde plaats de relevantie van de door de betrokkenen verstrekte toelichting te beoordelen, en in de vierde plaats een besluit te nemen over de toelating of de afwijzing van deze inschrijvingen (arrest Hof van 27 november 2001, Lombardini en Mantovani, C-285/99 en C-286/99, Jurispr. blz. I-9233, punt 55). Het Gerecht merkt bijvoorbeeld op dat de Raad in zijn verweerschrift stelt dat hij verzoekster vragen heeft gesteld aangaande een zeer groot aantal abnormaal lage prijzen, te weten 319 prijzen uit het quantabestek op een totaal van 1 020. Bovendien verzocht hij verzoekster om opheldering over een aantal zeer flagrante anomalieën, met name inzake de prijzen van deuren die, ongeacht of het om enkele deuren, dubbele deuren of glazen deuren ging, niet verschillen. In haar repliek noch ter terechtzitting heeft verzoekster omtrent deze anomalieën een geloofwaardige uitleg verstrekt.

76 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat hoewel de Raad volgens artikel 30, lid 4, van richtlijn 93/37 niet verplicht is elke in de aanbieding opgegeven prijs te controleren, hij de betrouwbaarheid en de ernst van aanbiedingen die hem in het algemeen dubieus lijken, dient te onderzoeken, wat noodzakelijkerwijs inhoudt dat hij in voorkomend geval preciseringen betreffende de hem dubieus lijkende individuele prijzen vraagt, a fortiori als het om veel prijzen gaat. Bovendien ontslaat het feit dat verzoeksters aanbieding conform het bestek werd bevonden, de Raad niet van zijn in hetzelfde artikel neergelegde verplichting om de prijzen van een aanbieding te controleren indien bij het onderzoek van de aanbiedingen en na de aanvankelijke beoordeling van hun conformiteit twijfels inzake de betrouwbaarheid ervan rijzen.

77 Het Gerecht stelt vast dat de Raad de procedure van artikel 30, lid 4, van richtlijn 93/37 correct heeft gevolgd en met name heeft voldaan aan de vereisten die voortvloeien uit de contradictoire aard van deze procedure, door verzoekster meermaals de kans te geven de ernst van haar aanbieding aan te tonen. Dienaangaande blijkt uit de briefwisseling tussen partijen en met name uit de door verzoekster aan de Raad gerichte brieven van 24 januari en 11 februari 2000 (zie punten 17 en 19), dat in weerwil van de nauwkeurige vragen van de Raad verzoekster zich ertoe heeft beperkt, in het algemeen de ernst van de prijzen van haar aanbieding te bevestigen zonder relevante gegevens ten bewijze van de betrouwbaarheid van de individuele prijzen aan te dragen.

78 Aangenomen moet worden dat de Raad de grenzen van zijn beoordelingsvrijheid ter zake niet op kennelijke en ernstige wijze heeft overschreden door bij de beoordeling van verzoeksters aanbieding rekening te houden met de opgave van veel abnormaal lage prijzen en met de omstandigheid dat na de contradictoire procedure van artikel 30, lid 4, van richtlijn 93/37 nog steeds geen overtuigende verklaring hiervoor was aangedragen.

79 Derhalve kan verzoeksters betoog inzake de abnormaal lage prijzen niet worden aanvaard.

80 Verzoekster is van mening dat de Raad de in haar aanbieding opgegeven vermenigvuldigingsfactor van 20 % voor de in punt 12 genoemde „algemene zetelkosten" verkeerdelijk als hoog heeft aangemerkt. Zij betoogt dat het onmogelijk was deze kosten te dekken met een marge van 6 à 8 %, zoals in de aanbiedingen van De Waele en Strabag is voorgesteld.

81 Vastgesteld moet worden dat verzoekster zich ertoe beperkt te stellen dat dit onmogelijk was, zonder hiertoe ook maar de minste bewijzen of indiciën aan te dragen.

82 Bovendien moet worden opgemerkt dat de door verzoekster voorgestelde vermenigvuldigingsfactor voor de „algemene zetelkosten" veel hoger was dan die van de andere inschrijvers, en volgens de Raad voor hem een financieel risico vormde indien verzoekster voor werken die geen deel uitmaakten van de in het samenvattend quantabestek gespecificeerde prestaties, een beroep zou hebben moeten doen op onderaannemers. In antwoord op een door het Gerecht vóór de terechtzitting gestelde schriftelijke vraag om verduidelijking van het gestelde financiële risico, heeft de Raad de cijfers en de vermenigvuldigingsfactor uit verzoeksters aanbieding geëxtrapoleerd op basis van de in één van zijn gebouwen tijdens het eerste jaar van de overeenkomst met De Waele uitgevoerde werken om te bepalen hoeveel deze werken zouden hebben gekost indien zij door verzoekster waren uitgevoerd. Vervolgens heeft de Raad deze prijs vergeleken met die van de door De Waele uitgevoerde werken, zowel over een periode van één jaar als over een periode van vijf jaar, de looptijd van de overeenkomst. Aangezien een groot deel van de betrokken werken door onderaannemers werd uitgevoerd, volgt uit deze simulatie dat de Raad in voorkomend geval voor de uitvoering van dezelfde werken aan verzoekster een veel hoger bedrag zou hebben moeten betalen dan hij aan De Waele heeft betaald. Hieruit volgt dat de Raad ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieding over de vijf jaar van de overeenkomst terecht rekening heeft gehouden met het potentiële effect van het verschil tussen de door verzoekster voorgestelde vermenigvuldigingsfactor van 20 % en de door de andere inschrijvers voorgestelde vermenigvuldigingsfactor.

83 Het Gerecht is derhalve van oordeel dat verzoekster niet heeft aangetoond dat de Raad een ernstige en kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door bij de beoordeling van haar aanbieding aan te nemen dat de vermenigvuldigingsfactor van 20 % een financieel risico vormde. Bovendien is het niet relevant dat de Raad in het bestek niet heeft aanbevolen dat deze factor zo laag mogelijk diende te zijn, daar het samenvattend quantabestek juist tot doel heeft de inschrijvers te verplichten alle prijzen, hoog of laag, de vermenigvuldigingsfactor daaronder begrepen, op te geven die de partijen in voorkomend geval zullen binden.

84 Derhalve kan verzoeksters betoog inzake de vermenigvuldigingsfactor voor de „algemene zetelkosten" niet worden aanvaard.

85 Aangaande de door de Raad bij de beoordeling van de aanbiedingen verrichte berekening van het bedrag der aanbiedingen over een periode van vijf jaar, meent verzoekster dat de Raad verkeerdelijk tot de slotsom is gekomen dat haar aanbieding op lange termijn minder concurrentieel was. Zij merkt met name op dat de door de Raad gehanteerde „formule van 5A + 5B + C" niet in het bestek voorkwam en dat deze berekeningswijze op het moment van de aanbesteding onvoorzienbaar was. Bovendien betoogt zij dat deze berekeningswijze verkeerd is omdat zij leidt tot een totale prijs die niet met de reële prijs van de werken over een periode van vijf jaar kan overeenstemmen.

86 Om te beginnen herinnert het Gerecht eraan dat de Raad op dit punt over een aanzienlijke beoordelingsvrijheid beschikt, en dat het Gerecht enkel dient te toetsen of er geen sprake is van een ernstige klaarblijkelijke fout. Allereerst zij opgemerkt dat hoewel de betrokken formule niet in het bestek voorkwam, in de aanbesteding en het bestek duidelijk werd vermeld dat de looptijd van de overeenkomst normaal vijf jaar bedroeg (zie met name punt 7). Met de betrokken formule konden de gegevens van de drie aanbiedingen worden geëxtrapoleerd om de totale prijs van de opdracht voor de Raad te bepalen, rekening houdend met de verschillende kenmerken van de prestaties van de delen A, B en C van het samenvattende quantabestek. Hoewel verzoeksters inschrijving voor 3 946 745,49 euro per jaar (zie punt 15) lager was dan het jaarlijkse bedrag van de twee andere inschrijvingen, kon de Raad door middel van extrapolatie de totale economische voordelen van de drie aanbiedingen vergelijken over de looptijd van vijf jaar van de opdracht met inachtneming van de specifieke kenmerken van de in de delen A, B en C van het samenvattend quantabestek bedoelde prestaties. Op deze wijze kon de Raad oordelen dat verzoeksters aanbieding op lange termijn de duurste was. Het Gerecht stelt vast dat hoewel de in punt 85 vermelde formule niet in het bestek voorkwam, het gebruik ervan voorzienbaar en redelijk was, met name gelet op de looptijd van de betrokken overeenkomst.

87 Het Gerecht is van oordeel dat de in punt 43 uiteengezette argumenten van verzoekster onbegrijpelijk zijn. Verzoeksters antwoorden op de vragen die haar voor en tijdens de terechtzitting zijn gesteld, hebben deze argumenten voor het Gerecht niet kunnen verduidelijken. Derhalve dienen deze argumenten te worden afgewezen overeenkomstig artikel 44, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering (zie beschikking Gerecht van 21 mei 1999, T-154/98, Asia Motor France e.a./Commissie, Jurispr. blz. II-1703, punt 49).

88 Uit het voorgaande volgt dat verzoekster niet heeft aangetoond dat de Raad bij de beoordeling van het bedrag der aanbiedingen over de looptijd van de overeenkomst een kennelijke en ernstige fout heeft begaan. Bijgevolg kan verzoeksters betoog inzake de beoordeling van de prijzen van de aanbiedingen niet worden aanvaard.

Het ontbreken van motivering

89 Aangaande de gestelde niet-nakoming van de motiveringsplicht in het onderhavige geval, merkt het Gerecht op dat verzoeksters vordering tot een schadevergoeding van 26 063 000 euro (zie punt 33) met name een vordering van 24 000 000 euro omvat ter vergoeding van de schade ten gevolge van het verlies van de kans om de betrokken opdracht in de wacht te slepen. Opgemerkt moet worden dat, zelfs al zou de Raad de afwijzing van verzoeksters aanbieding niet afdoende hebben gemotiveerd, dit nog niet aantoont dat de gunning van de opdracht aan De Waele onrechtmatig is, noch dat er tussen dit feit en het door verzoekster gestelde verlies een causaal verband bestaat.

90 Wat de in punt 57 uiteengezette argumenten van de Raad betreft, stelt het Gerecht vast dat verzoeksters beroep in zaak T-205/00 strekte tot nietigverklaring van het besluit van de Raad waarbij haar de toegang tot het administratief dossier betreffende de beoordeling van de aanbiedingen werd geweigerd, en derhalve

tegen een ander besluit was gericht. Dat verzoekster dat beroep heeft ingetrokken, heeft geen invloed op het onderhavige beroep.

91 Aangaande het in punt 54 uiteengezette argument van verzoekster betreffende de Belgische bepalingen inzake aanbestedingen, stelt het Gerecht vast dat de vermelding in punt 26, sub a, van het bestek dat „het Belgische recht op de opdracht van toepassing is", tot doel had het Belgische recht van toepassing te verklaren op de eventuele sluiting van de overeenkomst en op de uitvoering van de opdracht. Deze vermelding slaat daarentegen niet op de uitsluitend door richtlijn 93/37 beheerste procedures die aan het sluiten van de overeenkomst voorafgaan. Bijgevolg moet de omvang van op de Raad rustende motiveringsplicht jegens een in het kader van de aanbestedingsprocedure niet-uitgekozen inschrijver worden vastgesteld overeenkomstig artikel 8, lid 1, van richtlijn 93/37, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52.

92 Uit deze bepaling en uit het reeds aangehaalde arrest Adia Interim/Commissie volgt dat de Raad aan zijn motiveringsplicht voldoet wanneer hij om te beginnen de niet-uitgekozen inschrijvers door middel van een niet met redenen omklede mededeling onmiddellijk van de afwijzing van hun aanbieding op de hoogte brengt en vervolgens aan de inschrijvers die hierom uitdrukkelijk verzoeken, binnen een termijn van vijftien dagen te rekenen vanaf de ontvangst van een schriftelijk verzoek, de kenmerken en de relatieve voordelen van de uitgekozen aanbieding alsmede de naam van de opdrachtnemer meedeelt.

93 Deze handelwijze beantwoordt aan het doel van de in artikel 253 EG 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 Adia Interim/Commissie, reeds aangehaald, punt 32).

94 Bijgevolg is het Gerecht van oordeel dat, om te bepalen of de Raad aan zijn motiveringsplicht heeft voldaan, de in antwoord op verzoeksters uitdrukkelijke vraag van 26 april 2000 gestuurde brief van 11 mei 2000 moet worden onderzocht.

95 Vastgesteld moet worden dat de Raad in zijn brief van 11 mei 2000 voldoende gedetailleerd heeft aangegeven waarom hij verzoeksters aanbieding heeft afgewezen, en de kenmerken en relatieve voordelen van de aanbieding van De Waele heeft uiteengezet. Deze brief vermeldt duidelijk welke procedure bij de beoordeling van de drie inschrijvingen is gevolgd, en dat de aanbieding van De Waele werd uitgekozen omdat zij economisch de meest voordelige was. Het Gerecht is van oordeel dat verzoekster onmiddellijk kennis heeft kunnen nemen van de exacte reden voor de afwijzing van haar aanbieding, namelijk dat haar aanbieding economisch minder voordelig was dan die van De Waele. De Raad heeft hieraan toegevoegd dat verzoeksters aanbieding voor geen van de acht in het bestek genoemde criteria beter was gerangschikt dan de aanbieding van De Waele.

96 In elk geval, en anders dan verzoekster stelt (zie punt 55), kan de brief van de Raad van 14 juni 2000 ook in aanmerking worden genomen bij de beoordeling of de motivering in casu afdoende was, daar bij de beoordeling van de motiveringsplicht rekening moet worden gehouden met de informatie waarover verzoekster op het moment van het instellen van het beroep beschikte. Wanneer, zoals in casu, een verzoeker de betrokken instelling nadere toelichtingen over een besluit vraagt alvorens een beroep in te stellen, maar na het verstrijken van de in artikel 8, lid 1, van richtlijn 93/37 gestelde termijn, en deze toelichtingen krijgt, kan hij het Gerecht niet verzoeken hiermee geen rekening te houden bij de beoordeling of de motivering afdoende is, met dien verstande evenwel dat de instelling haar aanvankelijke motivering niet door een volledig nieuwe mag vervangen, hetgeen in casu niet het geval is. In zijn brief van 14 juni 2000 heeft de Raad immers ter aanvulling van zijn brief van 11 mei 2000 nadere toelichtingen verstrekt, die echter, wat de afwijzing van verzoeksters aanbieding betreft, overeenstemmen met de in de eerdere brief gegeven verklaringen. Het Gerecht is bovendien van oordeel dat de vollediger informatie in de brief van 14 juni 2000 niet wegneemt dat de motivering in de brief van 11 mei 2000 afdoende was.

97 Hieruit volgt dat verzoekster haar beroep niet op niet-nakoming van de motiveringsplicht kan baseren.

98 Uit het voorgaande volgt dat verzoekster niet heeft aangetoond dat de Raad de grenzen van zijn beoordelingsvrijheid heeft overschreden, en evenmin dat de Raad een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht heeft begaan.

99 Aangezien niet is voldaan aan de eerste voorwaarde voor de aansprakelijkheid van de Gemeenschap, te weten onrechtmatigheid van de aan de betrokken instelling verweten gedraging, moet verzoeksters schadevordering worden afgewezen zonder dat behoeft te worden onderzocht of aan de andere voorwaarden is voldaan.

Kosten

100 Ingevolge artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, indien dit is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Raad te worden verwezen in haar eigen kosten alsmede in die van de Raad.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

rechtdoende:

1) Verwerpt het beroep.

2) Verwijst verzoekster in haar eigen kosten en in die van de Raad.

Cooke García-Valdecasas Lindh

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 25 februari 2003.

De griffier

H. Jung

De president van de Vijfde kamer

R. García-Valdecasas