Samling af Afgørelser

KENDELSE AFSAGT AF DOMSTOLENS VICEPRÆSIDENT

23. april 2015 *

»Appel — kendelse om foreløbige forholdsregler — offentlige tjenesteydelseskontrakter — udbud om levering af forsikringstjenester vedrørende ejendom og personer — afvisning af en tilbudsgivers bud og afgørelse om at tildele kontrakten til en anden tilbudsgiver — begæring om udsættelse af gennemførelse — særligt alvorlig fumus boni juris — uopsættelighed — alvorlig skade — uoprettelig skade — foreligger ikke — adgang til effektive retsmidler — direktiv 89/665/EØF — artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder — standstill-periode inden kontraktens indgåelse — adgang til oplysninger, der gør det muligt at vurdere tildelingsbeslutningens lovlighed«

I sag C-35/15 P(R),

angående appel iværksat den 29. januar 2015 i henhold til artikel 57, stk. 2, i statutten for Den Europæiske Unions Domstol,

Europa-Kommissionen ved S. Delaude og L. Cappelletti, som befuldmægtigede,

appellant,

den anden part i appelsagen:

Vanbreda Risk & Benefits ved advokaterne P. Teerlinck, P. de Bandt og M. Gherghinaru,

sagsøger i første instans,

har

DOMSTOLENS VICEPRÆSIDENT

efter at have hørt førstegeneraladvokat M. Wathelet,

afsagt følgende

Kendelse

1 Europa-Kommissionen har med sin appel nedlagt påstand om ophævelse af kendelse afsagt af præsidenten for Den Europæiske Unions Ret, Vanbreda Risk & Benefits mod Kommissionen (T-199/14 R, EU:T:2014:1024, herefter »den appellerede kendelse«), hvorved Rettens præsident imødekom en begæring om udsættelse af gennemførelse fremsat af Vanbreda Risk & Benefits (herefter »Vanbreda«).

* Processprog: fransk.

Retsforskrifter

2 Artikel 2, stk. 1, i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 (EUT L 335, s. 31, herefter »direktiv 89/665«), har følgende ordlyd:

»Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til:

a) hurtigst muligt og som hastesag at træffe midlertidige foranstaltninger, der har til formål at bringe den påståede overtrædelse til ophør eller hindre, at der påføres de pågældende interesser anden skade, herunder foranstaltninger med henblik på at afbryde eller foranledige afbrydelse af den pågældende procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt eller stille gennemførelsen af enhver beslutning, der er truffet af den ordregivende myndighed, i bero

b) at annullere eller foranledige annullering af ulovlige beslutninger, herunder at fjerne de diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle specifikationer i udbudsmaterialet, i udbudsbetingelserne eller i andre dokumenter i forbindelse med den pågældende procedure for indgåelse af en kontrakt

c) at tilkende skadelidte personer skadeserstatning.«

3 Direktivets artikel 2, stk. 7, andet afsnit, er affattet således:

»Endvidere kan medlemsstaterne, undtagen når en beslutning skal annulleres, inden der ydes skadeserstatning, fastsætte, at den for klageprocedurerne ansvarlige instans' beføjelser efter indgåelsen af en kontrakt i overensstemmelse med artikel 1, stk. 5, nærværende artikels stk. 3 eller artikel 2a-2f er begrænsede til ydelse af skadeserstatning til enhver, som har lidt skade på grund af en overtrædelse.«

4 I samme direktivs artikel 2a fastsættes en standstill-periode på ti dage regnet fra vedtagelsen af beslutningen om tildeling af en kontrakt eller 15 dage, hvis beslutningen ikke fremsendes pr. telefax eller ad elektronisk vej, men på anden måde. I denne periode (herefter »standstill-perioden på ti dage«) må der ikke indgås en kontrakt i forlængelse af denne beslutning. Artikel 2a bestemmer følgende:

»1. Medlemsstaterne påser, at [personer, der har interesse i at opnå en kontrakt,] har tilstrækkelige frister, som sikrer effektiv mulighed for at klage over ordregivende myndigheders tildelingsbeslutninger, idet de vedtager de nødvendige bestemmelser, som opfylder mindstekravene i stk. 2 og i artikel 2c.

2. En kontraktindgåelse efter beslutningen om tildeling af en kontrakt, der er omfattet af [Europa-Parlamentets og Rådets] direktiv 2004/18/EF [af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114)], kan tidligst finde sted efter udløbet af en frist på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor tildelingsbeslutningen er blevet sendt til de berørte tilbudsgivere og ansøgere, hvis fremsendelsen er sket pr. telefax eller ad elektronisk vej, eller hvis fremsendelsen er sket med et andet kommunikationsmiddel, efter udløbet af en frist på enten mindst 15 kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor tildelingsbeslutningen er blevet sendt til de berørte tilbudsgivere og ansøgere, eller mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor beslutningen om tildeling af en kontrakt modtages.

Tilbudsgivere anses for at være berørte, hvis de endnu ikke er endeligt udelukket. En udelukkelse er endelig, hvis den er meddelt de berørte tilbudsgivere og enten er fundet lovlig af en uafhængig klageinstans eller ikke længere kan blive genstand for klageprocedure.

Ansøgere anses for at være berørt, hvis den ordregivende myndighed ikke har stillet oplysninger til rådighed om, at deres ansøgning er afvist, inden meddelelsen om tildelingsbeslutningen til de berørte tilbudsgivere.

Meddelelsen af beslutningen om tildeling til hver af de berørte tilbudsgivere og ansøgere ledsages af følgende:

— en kort redegørelse for de relevante grunde, jf. artikel 41, stk. 2, i direktiv [2004/18], jf. nævnte direktivs artikel 41, stk. 3, og

— en præcis angivelse af den nøjagtige standstill-periode, der finder anvendelse i henhold til de nationale bestemmelser for gennemførelsen af dette stykke.«

5 Artikel 1, stk. 5, og artikel 2, stk. 3, i direktiv 89/665 omhandler særlige omstændigheder, hvor standstill-perioden finder anvendelse. Direktivets artikel 2b-2f supplerer den klageordning, der er indført ved dette direktiv og baseret på overholdelse af standstill-perioden i dets artikel 2a.

6 Artikel 171, stk. 1, i Kommissionens delegerede forordning (EU) nr. 1268/2012 af 29. oktober 2012 om gennemførelsesbestemmelser til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget (EUT L 362, s. 1) har følgende ordlyd:

»Den ordregivende myndighed underskriver først kontrakten eller rammekontrakten, som er omfattet af direktiv [2004/18], med den valgte tilbudsgiver efter udløbet af en frist på 14 kalenderdage.

Fristen løber fra en af følgende datoer:

a) fra dagen efter den dag, hvor der samtidig blev sendt meddelelse til de valgte og de afviste tilbudsgivere

b) når kontrakten eller rammekontrakten tildeles efter et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelsen om indgåelse af kontrakt [...] blev offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende*.

Når der anvendes fax eller elektroniske midler til afsendelsen som omhandlet i andet afsnit, litra a), er standstill-perioden ti kalenderdage

I givet fald kan den ordregivende myndighed suspendere underskrivelsen af kontrakten med henblik på supplerende undersøgelser, hvis de anmodninger eller kommentarer, som afviste eller forbigåede tilbudsgivere eller ansøgere fremsætter, eller enhver anden relevant oplysning, som modtages, taler herfor. Anmodningerne, kommentarerne eller oplysningerne skal være modtaget i løbet af fristen i første afsnit. I tilfælde af suspension informeres alle ansøgere eller tilbudsgivere herom senest tre arbejdsdage efter beslutningen om suspension.

[…]«

Sagens baggrund, retsforhandlingerne for Retten og den appellerede kendelse

7 Den 10. august 2013 offentliggjorde Kommissionen i *Den Europæiske Unions Tidende* et udbud med referencen OIB.DR.2/PO/2013/062/591 vedrørende en kontrakt om forsikring af ejendom og personer, der var opdelt i fire partier. Parti 1 vedrørte en forsikringsdækning af bygninger og deres indhold, der skulle gælde fra og med den 1. marts 2014, idet kontrakten ville blive indgået af Kommissionen i eget navn og på vegne af følgende ordregivende myndigheder: Rådet for Den Europæiske Union, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg, Den Europæiske Unions Regionsudvalg, Forvaltningsorganet for Det Europæiske Forskningsråd, Forvaltningsorganet for Konkurrenceevne og Innovation, Forvaltningsorganet for Forskning, Forvaltningsorganet for Undervisning, Audiovisuelle Medier og Kultur og Forvaltningsorganet for Innovation og Netværk.

8 Dette udbud havde til formål at erstatte den dagældende kontrakt, der var indgået med et konsortium, som Vanbreda Risk & Benefits var mægler for, og som udløb den 28. februar 2014.

9 Den 7. september 2013 blev der offentliggjort en berigtigelse i Supplement til *Den Europæiske Unions Tidende* (EUT S 174), hvorved fristen for at afgive bud blev forlænget til den 25. oktober 2013, og tidspunktet for den offentlige åbning af buddene blev rykket til den 31. oktober 2013. I forbindelse med åbningen af buddene oplyste åbningsudvalget, at det havde modtaget to bud vedrørende parti 1, som var afgivet henholdsvis af forsikringsmægleren Marsh SA (herefter »Marsh«) og af Vanbreda.

10 Den 30. januar 2014 meddelte Kommissionen Marsh, at dennes bud var blevet valgt i forbindelse med tildelingen af parti 1, mens den over for Vanbreda oplyste, at dennes bud ikke var blevet valgt i forbindelse med parti 1, idet Vanbreda ikke havde tilbudt den laveste pris (herefter »den omtvistede afgørelse«). Den skrivelse, hvori Kommissionen underrettede Vanbreda om den omtvistede afgørelse, blev sendt med DHL og som e-mail.

11 Tjenesteydelsesaftalen mellem Kommissionen, Marsh og forsikringsselskaberne blev underskrevet den 27. februar 2014 og trådte i kraft den 1. marts 2014.

12 Ved særskilte stævninger af 28. marts 2014 indleveret til Rettens Justitskontor anlagde Vanbreda for det første et søgsmål med påstand om annullation af den omtvistede afgørelse i henhold til artikel 263 TEUF og et søgsmål med påstand om, at Kommissionen blev tilpligtet at betale selskabet 1 mio. EUR i erstatning i henhold til artikel 268 TEUF og 340 TEUF, og fremsatte for det andet en begæring om foreløbige forholdsregler, hvorved selskabet i det væsentlige nedlagde påstand om, at Retten skulle udsætte gennemførelsen af den omtvistede afgørelse i henhold til artikel 105, stk. 2, i Rettens procesreglement indtil tidspunktet for afsigelsen af den kendelse, som afsluttede den sag om foreløbige forholdsregler, der var anlagt ved Retten, og udsætte gennemførelsen af den omtvistede afgørelse, indtil Retten havde truffet afgørelse i hovedsagen.

13 Den 3. april 2014 traf Rettens præsident ved kendelse i sagen Vanbreda Risk & Benefits mod Kommissionen (T-199/14 R) dels afgørelse om at udsætte gennemførelsen af den omtvistede afgørelse og af den tjenesteydelsesaftale, der var indgået mellem Kommissionen, Marsh og det/de berørte forsikringsselskaber, indtil tidspunktet for afsigelsen af den kendelse, der afsluttede sagen om foreløbige forholdsregler, dels afgørelse om fremlæggelse af visse dokumenter, som Vanbreda havde angivet.

14 Den 8. april 2014 indgav Kommissionen en begæring om, at Rettens præsident omgående, med tilbagevirkende kraft og uden forbehold skulle ophæve punkt 1 i konklusionen i sin kendelse af 3. april 2014, Vanbreda Risk & Benefits mod Kommissionen (T-199/14 R). I betragtning af de oplysninger, der var indeholdt i denne begæring, afsagde Rettens præsident den 10. april 2014 en ny kendelse i sagen Vanbreda Risk & Benefits mod Kommissionen (T-199/14 R), hvorved denne efterkom Kommissionens begæring. Den 25. april 2014 fremsatte Kommissionen sine bemærkninger til begæringen om foreløbige forholdsregler.

15 Den 4. december 2014 bestemte Rettens præsident ved den appellerede kendelse, at gennemførelsen af den omtvistede afgørelse skulle udsættes. Efter at Rettens præsident i denne kendelses præmis 136 havde bemærket, at betingelsen om fumus boni juris var opfyldt, og i kendelsens præmis 142-145, at den påberåbte skade var alvorlig, fastslog denne i præmis 148-165, at betingelsen om uopsættelighed som følge af de særlige kendetegn ved begæringer om foreløbige forholdsregler i forbindelse med offentlige kontrakter og den særligt alvorlige fumus boni juris, der var påvist i det foreliggende tilfælde, også var opfyldt, selv om der ikke var indtrådt en uoprettelig skade. Rettens præsident baserede bl.a. denne konklusion på et almindeligt EU-retligt princip om, at der skal sikres en effektiv foreløbig beskyttelse i forbindelse med offentlige kontrakter. Dette princip er indledningsvis beskrevet i den appellerede kendelses præmis 16-20.

16 Den appellerede kendelses konklusion har følgende ordlyd:

»1) Gennemførelsen af [den omtvistede] afgørelse […], hvorved Kommissionen afviste det bud, som [Vanbreda] havde fremsat i forbindelse med et udbud vedrørende en kontrakt om forsikring af ejendom og personer, og tildelte denne kontrakt til et andet selskab, udsættes for så vidt angår tildelingen af parti 1.

2) Virkningerne af Kommissionens afgørelse […] opretholdes indtil udløbet af appelfristen for denne kendelse.

3) Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.«

Parternes påstande

17 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Punkt 1 og 2 i den appellerede kendelses konklusion ophæves.

— Begæringen om foreløbige forholdsregler tages ikke til følge.

— Vanbreda tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder omkostningerne i forbindelse med sagen for Retten.

18 Vanbreda har nedlagt følgende påstande:

— Appellen forkastes i sin helhed.

— Den appellerede kendelses konklusion og de anordnede foreløbige forholdsregler stadfæstes.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder omkostningerne i forbindelse med sagen for Retten.

Appellen

19 Kommissionen har støttet sin appel på fire anbringender vedrørende henholdsvis urigtig retsanvendelse ved anvendelsen af betingelsen om uopsættelighed hvad angår følgerne af, at der ikke foreligger en uoprettelig skade, urigtig retsanvendelse ved anvendelsen af den samme betingelse hvad angår en påstået alvorlig skade, der ikke er påført Vanbreda, urigtig retsanvendelse ved interesseafvejningen hvad angår grundlaget for vurderingen af Vanbredas interesse og urigtig retsanvendelse ved denne afvejning på grund af manglende hensyntagen til tredjemands interesser.

Parternes argumenter

20 Kommissionen har med sit første anbringende i det væsentlige gjort gældende, at Rettens præsident har gjort sig skyldig i urigtig retsanvendelse ved med hensyn til den påståede særligt alvorlig fumus boni juris at fastslå, at betingelsen om uopsættelighed var opfyldt i det foreliggende tilfælde, selv om Vanbreda ikke havde godtgjort, at den manglende imødekommelse af begæringen om foreløbige forholdsregler kunne være til uoprettelig skade for selskabet. Den har navnlig anført, at direktiv 89/665, som Rettens præsident har henvist til, ikke finder anvendelse på EU-institutionerne og ikke fastsætter betingelser for anordning af udsættelse af gennemførelsen. Kommissionen har ligeledes understreget, at formålet med en sag om foreløbige forholdsregler ifølge Domstolens praksis er at garantere den fulde virkning af den endelige afgørelse, der træffes, og ikke at fjerne enhver ulovlighed.

21 Vanbreda har bl.a. svaret, at Retten som følge af de særlige kendetegn ved sager om foreløbige forholdsregler i forbindelse med offentlige kontrakter og den altafgørende ret til en effektiv retsbeskyttelse på dette område i henhold til artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«) har anvendt de regler, der gælder for begæringer om foreløbige forholdsregler, korrekt i den appellerede kendelse.

Domstolens bemærkninger

22 Det bemærkes indledningsvis, at begæringer om foreløbige forholdsregler i henhold til artikel 104, stk. 2, i Rettens procesreglement skal angive søgsmålets genstand, de omstændigheder, der medfører uopsættelighed, og de faktiske og retlige grunde til, at den begærede foreløbige forholdsregel umiddelbart forekommer berettiget. Retten kan således udsætte gennemførelsen og foreskrive foreløbige forholdsregler, såfremt det er godtgjort, at de umiddelbart er berettigede af faktiske og retlige grunde (fumus boni juris), og såfremt der foreligger uopsættelighed, dvs. at det for at undgå et alvorligt og uopretteligt tab for den part, der har fremsat begæring herom, er nødvendigt at foreskrive dem og tillægge dem retsvirkninger, før der træffes afgørelse i hovedsagen. Disse betingelser er kumulative, således at der ikke kan anordnes foreløbige forholdsregler, når en af dem ikke er opfyldt (kendelse SCK og FNK mod Kommissionen, C-268/96 P(R), EU:C:1996:381, præmis 30).

23 Det må konstateres, at argumentationen i den appellerede kendelse, hvorefter betingelsen om uopsættelighed er opfyldt i det foreliggende tilfælde, selv om der ikke er sket uoprettelig skade, strider mod den faste praksis, som Unionens retsinstanser har udviklet for denne betingelse, navnlig med hensyn til muligheden for at afhjælpe det økonomiske tab, som en tilbudsgiver, der forbigås under en procedure vedrørende en offentlig kontrakt, har lidt.

24 Det fremgår således af Domstolens og Rettens faste praksis, at et økonomisk tab ikke, medmindre der foreligger særlige omstændigheder, kan betragtes som uopretteligt, da en økonomisk erstatning som hovedregel kan genoprette skadelidtes økonomiske situation, som den forelå, før skaden indtraf. Et sådant tab vil bl.a. kunne erstattes under et erstatningssøgsmål indgivet i henhold til artikel 268 TEUF og 340 TEUF (kendelse afsagt af Domstolens vicepræsident, Kommissionen mod Pilkington Group, C-278/13 P(R), EU:C:2013:558, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis; jf. vedrørende offentlige kontrakter også kendelse afsagt af Rettens præsident, Communicaid Group mod Kommissionen, T-4/13 R, EU:T:2013:121, præmis 22, 28-30, 33, 34 og 37). Som Rettens præsident fastslog i den appellerede kendelses præmis 154 og 156, er den skade, der påberåbes i det foreliggende tilfælde, ikke uoprettelig ifølge denne retspraksis.

25 Da Rettens præsident baserede sin konklusion om, at betingelsen om uopsættelighed er opfyldt i det foreliggende tilfælde, på et almindeligt EU-retligt princip om adgang til effektive retsmidler, der er sikret i chartrets artikel 47, er det imidlertid nødvendigt at undersøge, hvorvidt og i hvilket omfang dette princip finder anvendelse.

26 Det bemærkes herved, at direktiv 89/665, som Retten har udledt dette princip af, er rettet til medlemsstaterne og derfor ikke gælder for EU-institutionerne som sådan.

27 Domstolen har dog anerkendt, at et almindeligt EU-retligt princip kan konkretiseres ved et direktiv (dom Kücükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, præmis 20 og 21 og den deri nævnte retspraksis).

28 Det må konstateres, at direktiv 89/665 konkretiserer det almindelige retsprincip om adgang til effektive retsmidler specifikt for offentlige kontrakter, og at det derfor i forbindelse med kontrakter, der tildeles af EU selv, er nødvendigt at tage hensyn til det almindelige princip, der kommer til udtryk i dette direktivs bestemmelser, hvilket Rettens præsident bemærkede i den appellerede kendelses præmis 20.

29 Af hensyn til adgangen til effektive retsmidler, der er sikret i chartrets artikel 47, har Domstolen på grundlag af bestemmelserne i direktiv 89/665 fastslået, at en effektiv domstolsbeskyttelse kræver, at de berørte parter underrettes om en beslutning om tildeling af en offentlig kontrakt en vis tid før kontraktens indgåelse, således at disse har en reel mulighed for at indgive en klage, herunder bl.a. en begæring om foreløbige forholdsregler frem til tidspunktet for kontraktens indgåelse (dom Fastweb, C-19/13, EU:C:2014:2194, præmis 60 og den deri nævnte retspraksis).

30 Det var som følge heraf berettiget, at Rettens præsident i den appellerede kendelses præmis 158 fastslog, at det ikke er foreneligt med de bestemmelser i direktiv 89/665, hvori der stilles krav til en effektiv foreløbig beskyttelse, som skal sikres i forbindelse med offentlige kontrakter, at anvende en selv fast retspraksis ukritisk, som reelt gør det umuligt for en forbigået tilbudsgiver at få udsat gennemførelsen af en EU-institutions eller et andet EU-organs beslutning om tildeling af en kontrakt, fordi den skade, som tilbudsgiveren vil kunne lide, er af økonomisk karakter og dermed ikke uoprettelig.

31 Når Unionens retsinstanser tager hensyn til bestemmelserne i et direktiv, der konkretiserer et almindeligt EU-retligt princip, kan de imidlertid ikke se bort fra indholdet af disse bestemmelser, selv om de egentlig ikke finder anvendelse på det foreliggende tilfælde. Hvis det fremgår af bestemmelserne i et sådant direktiv, at EU-lovgiver har ønsket at skabe balance mellem de forskellige interesser, der foreligger, skal Unionens retsinstanser nærmere bestemt tage hensyn til denne balance, når de anvender det almindelige princip, der er konkretiseret i direktivet.

32 Artikel 2, stk. 1, i direktiv 89/665 bestemmer i denne sammenhæng, at medlemsstaterne i deres nationale ret skal træffe bestemmelse om tre forskellige retsmidler, som en person, der har lidt skade i forbindelse med en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt, kan anvende ved den kompetente retsinstans, nemlig, for det første, »midlertidige foranstaltninger, der har til formål at bringe den påståede overtrædelse til ophør eller hindre, at der påføres de pågældende interesser anden skade, herunder foranstaltninger med henblik på at afbryde eller foranledige afbrydelse af den pågældende procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt eller stille gennemførelsen af enhver beslutning, der er truffet af den ordregivende myndighed, i bero«, og, for det andet, annullering af ulovlige beslutninger og, for det tredje, skadeserstatning.

33 Det fremgår imidlertid af artikel 2, stk. 7, andet afsnit i direktiv 89/665, at »medlemsstaterne, undtagen når en beslutning skal annulleres, inden der ydes skadeserstatning, [kan] fastsætte, at den for klageprocedurerne ansvarlige instans' beføjelser efter indgåelsen af en kontrakt i overensstemmelse med artikel 1, stk. 5, nærværende artikels stk. 3 eller artikel 2a-2f er begrænsede til ydelse af skadeserstatning til enhver, som har lidt skade på grund af en overtrædelse«.

34 Som Domstolen fastslog i dom Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, præmis 62 og 63), søgte EU-lovgiver med bestemmelserne i direktiv 89/665 at forene den forbigåede tilbudsgivers interesser med den ordregivende myndigheds og tilslagsmodtagerens interesser ved at foreskrive, at medlemsstaterne kun er forpligtet til at give en sådan tilbudsgiver ret til at fremsætte begæring om foreløbige forholdsregler i perioden inden kontraktens indgåelse. Efter udløbet af denne periode skal

tilbudsgiveren blot have mulighed for at anlægge erstatningssag i henhold til artikel 2, stk. 1, litra c) i direktiv 89/665 (jf. i denne retning også dom Alcatel Austria m.fl., C-81/98, EU:C:1999:534, præmis 37).

35 Medlemsstaternes forpligtelse til at bestemme i deres nationale ret, at en person, der har lidt skade på grund af en beslutning, der er vedtaget i forlængelse af en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt, skal have mulighed for at anmode om foreløbige forholdsregler i henhold til artikel 2, stk. 1, i direktiv 89/665, er derfor begrænset til perioden mellem denne beslutnings vedtagelse og kontraktens indgåelse.

36 Ifølge bestemmelserne i dette direktivs artikel 1, stk. 5, artikel 2, stk. 3, og artikel 2a-2f, må der imidlertid ikke indgås en kontrakt, før standstill-perioden på ti dage er udløbet.

37 Som domstolen fastslog i præmis i dom Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194), er formålet med standstill-perioden på ti dage at give de berørte parter mulighed for at anfægte tildelingen af en kontrakt, inden kontrakten indgås.

38 Det var som følge heraf ikke berettiget, at Retten i den appellerede kendelses præmis 20 fastslog, at der findes et almindeligt EU-retsligt princip i tilknytning til retten til en effektiv retsbeskyttelse, hvorefter en forbigået tilbudsgiver skal have mulighed for ikke bare at modtage erstatning, men også at anmode om foreløbige forholdsregler, og at dette ikke kun gælder i perioden, før den ordregivende myndighed indgår en kontrakt med tilslagsmodtageren.

39 Når kontrakten indgås efter udløbet af den standstill-periode på ti dage, der er fastsat i direktiv 89/665, kan det således ikke udledes af dette direktivs bestemmelser, at den omstændighed, at en forbigået tilbudsgiver kun har mulighed for at rejse erstatningssag ved en domstol, udgør en tilsidesættelse af et almindeligt EU-retligt princip vedrørende retten til en effektiv domstolsprøvelse. For så vidt angår kontrakter, der indgås af EU's egne ordregivende myndigheder, gælder den samme standstill-periode i henhold til artikel 171, stk. 1, i forordning nr. 1268/2012. Denne periode er også på ti kalenderdage, hvis der anvendes et elektronisk kommunikationsmiddel til fremsendelse af beslutningen om tildeling af kontrakten til de pågældende.

40 Det skal nu undersøges i lyset af det ovenfor anførte, om den konklusion, som Retten drog i den appellerede kendelses præmis 164, og hvorefter betingelsen om uopsættelighed var opfyldt i det foreliggende tilfælde, selv om den påberåbte skade, om end den var alvorlig, ikke var uoprettelig, er behæftet med urigtig retsanvendelse.

41 Henset til kravene til den effektive beskyttelse, der skal sikres i forbindelse med offentlige kontrakter, må det – hvilket Rettens præsident gjorde i den appellerede kendelses præmis 162 – konstateres, at når en udelukket tilbudsgiver formår at godtgøre, at der foreligger et tilfælde af særligt alvorlig fumus boni juris, kan det ikke kræves, at den pågældende godtgør, at den manglende imødekommelse af begæringen om foreløbige forholdsregler vil indebære, at vedkommende vil lide en uoprettelig skade. I modsat fald ville dette indebære et urimeligt og ubegrundet indgreb i den nævnte tilbudsgivers ret til en effektiv retsbeskyttelse, som han er sikret i henhold til chartrets artikel 47.

42 Som det bemærkes i præmis 38 ovenfor, gælder denne lempelse af betingelserne for vurdering af uopsættelighed, som er begrundet i retten til en effektiv domstolsprøvelse, kun i fasen forud for kontraktens indgåelse, for så vidt som standstill-perioden på ti dage i artikel 171, stk. 1, i forordning nr. 1268/2012 overholdes. Når den ordregivende myndighed har indgået en kontrakt med tilslagsmodtageren, efter at denne periode er udløbet, og inden der fremsættes begæring om foreløbige forholdsregler, er der intet grundlag for en sådan lempelse.

43 Med hensyn til anvendelsen af disse principper i den foreliggende sag fremgår det af den appellerede kendelses præmis 4, at Kommissionen den 30. januar 2014 meddelte tilslagsmodtageren, at dennes bud var blevet valgt i forbindelse med tildelingen af parti 1, mens den over for Vanbreda oplyste, at dennes bud ikke var blevet valgt i forbindelse med dette parti, idet Vanbreda ikke havde tilbudt den laveste pris. Det fremgår i øvrigt af kendelse afsagt af Rettens præsident den 10. april 2014, Vanbreda Risk & Benefits mod Kommissionen (T-199/14 R, præmis 5), at tjenesteydelsesaftalen mellem Kommissionen, Marsh og forsikringsselskaberne blev underskrevet den 27. februar 2014, og at denne aftale trådte i kraft den 1. marts 2014.

44 Da den omtvistede afgørelse blev meddelt Vanbreda ved en skrivelse af 30. januar 2014, der blev fremsendt ad elektronisk vej, var den standstill-periode, der fandt anvendelse i henhold til artikel 171, stk. 1, i forordning nr. 1268/2012, på ti dage, og denne frist blev overholdt i det foreliggende tilfælde. Den nævnte periode blev i henhold til denne bestemmelse regnet fra den 31. januar 2014, dvs. 28 dage før aftalens indgåelse.

45 Det fremgår i øvrigt af den appellerede kendelses præmis 5, at Vanbreda fremsatte sin begæring om foreløbige forholdsregler den 28. marts 2014. Eftersom aftalen mellem Kommissionen, Marsh og forsikringsselskaberne blev indgået den 27. februar 2014, skete det således, inden denne begæring om foreløbige forholdsregler blev fremsat.

46 Under disse omstændigheder er der som nævnt i præmis 42 ovenfor i princippet intet grundlag for en lempelse af betingelsen om uopsættelighed.

47 Det skal dog bemærkes, at standstill-perioden på ti dage kun giver de berørte parter mulighed for at anfægte tildelingen af en kontrakt, inden kontrakten indgås, hvis disse parter er i besiddelse af tilstrækkelige oplysninger til at kunne afgøre, om beslutningen om tildeling er retsstridig.

48 Det vil ikke være foreneligt med princippet om retten til en effektiv domstolsprøvelse at antage, at standstill-perioden på ti dage er overholdt, såfremt det faktisk ikke har været muligt at indgive en begæring om foreløbige forholdsregler inden kontraktens indgåelse, fordi den forbigåede tilbudsgiver ikke var i besiddelse af tilstrækkelige oplysninger til at kunne indgive en sådan begæring i løbet af denne periode.

49 Af hensyn til retssikkerhedsprincippet må denne undtagelse fra den rent mekaniske anvendelse af standstill-perioden på ti dage imidlertid kun benyttes i undtagelsestilfælde, hvor den forbigåede tilbudsgiver ikke havde grund til at tro, at beslutningen om tildeling af kontrakten var retsstridig, før kontrakten med tilslagsmodtageren blev indgået.

50 Det skal derfor efterprøves, om Vanbreda i betragtning af de faktiske omstændigheder, der blev fastlagt i den appellerede kendelse, var i besiddelse af tilstrækkelige oplysninger til at kunne udnytte standstill-perioden på ti dage til at indgive en begæring om foreløbige forholdsregler inden den 27. februar 2014, hvor aftalen mellem Kommissionen, Marsh og forsikringsselskaberne blev indgået.

51 I denne forbindelse undersøgte Rettens præsident i den appellerede kendelses præmis 38-43, hvilken kontakt der havde været mellem Kommissionen og Vanbreda inden aftalens indgåelse, for at vurdere, om et nyt anbringende kunne tages under påkendelse. Rettens præsident fastslog i den appellerede kendelses præmis 45, at Vanbreda efter at have fremsat begæring om foreløbige forholdsregler den 28. marts 2014, dvs. efter aftalens indgåelse den 27. februar 2014, opdagede, at Marsh ikke havde afgivet bud vedrørende parti 1 i fællesskab med forsikringsselskaberne, men som den eneste tilbudsgiver. Rettens præsident fandt derfor, at et anbringende vedrørende det sidstnævnte forhold kunne tages under påkendelse, selv om det blev fremført efter fremsættelsen af den oprindelige begæring.

52 Det fremgår imidlertid af de faktiske omstændigheder, som Rettens præsident fastlagde i den appellerede kendelse, at Vanbreda også inden den 27. februar 2014, hvor aftalen mellem Kommissionen, Marsh og forsikringsselskaberne blev indgået, havde grund til at tvivle på, at den omtvistede afgørelse var lovlig.

53 Det fremgår således af den appellerede kendelses præmis 37, at Vanbreda allerede den 8. november 2013 underrettede Kommissionen om, at selskabet var usikkert på, om Marsh' bud var lovligt, og især om Marsh opfyldte den betingelse om solidarisk ansvar, som gjaldt, når der var afgivet bud sammen med flere forsikringsselskaber. Det bemærkes i øvrigt i den appellerede kendelses præmis 38-40, at Vanbreda også ved e-mail af 31. januar og 4. februar 2014 samt anbefalede breve af 3. og 7. februar 2014 havde givet udtryk for denne tvivl og anmodet Kommissionen om at fremlægge visse dokumenter herom. Ved en skrivelse af 7. februar 2014, der blev gennemgået i den appellerede kendelses præmis 41, oplyste Kommissionen endelig Vanbreda om, at den havde valgt at indgå en aftale om parti 1 med Marsh, fordi dette selskab havde afgivet det laveste forskriftsmæssige bud. Det fremgår af den appellerede kendelses præmis 43, at Vanbreda svarede på denne skrivelse den 11. februar 2014, hvor selskabet endnu en gang bad om at få fremsendt de oplysninger og dokumenter, der var angivet i selskabets tidligere skrivelser.

54 Det følger således af de faktiske omstændigheder, der er fastlagt i den appellerede kendelse, at Vanbreda i dagene efter meddelelsen af den omtvistede afgørelse og senest den 11. februar 2014 var i stand til at fremsætte specifikke kritikpunkter mod den omtvistede afgørelse. Standstill-perioden på ti dage må således skulle regnes fra senest den 11. februar 2014, dvs. 16 kalenderdage før den 27. februar 2014, hvor aftalen mellem Kommissionen, Marsh og forsikringsselskaberne blev indgået.

55 Som Rettens præsident konstaterede, var Vanbreda den 11. februar 2014 ikke klar over, at Marsh ikke havde afgivet bud vedrørende parti 1 i fællesskab med forsikringsselskaberne, men som den eneste tilbudsgiver. Dette forhindrede imidlertid ikke Vanbreda i at indgive en begæring om foreløbige forholdsregler inden for standstill-perioden på ti dage. Som det påpeges i præmis 51 ovenfor, fastslog Rettens præsident også i den appellerede kendelses præmis 45, at Vanbreda stadig ikke var bekendt med denne omstændighed den 28. marts 2014, hvor selskabet rent faktisk anlagde annullationssøgsmål og fremsatte begæring om foreløbige forholdsregler ved Retten.

56 Det følger heraf, at den standstill-periode på ti dage, der er fastsat i artikel 171, stk. 1, i forordning nr. 1268/2012, blev overholdt fuldt ud i det foreliggende tilfælde.

57 Selv om Rettens præsident som følge af et almindeligt EU-retligt princip vedrørende retten til en effektiv domstolsprøvelse med føje fastslog, at den i retspraksis opstillede betingelse om uopsættelighed i forbindelse med offentlige kontrakter bør lempes, således at en alvorlig, men ikke uoprettelig skade kan være tilstrækkelig til at godtgøre, at denne betingelse er opfyldt, hvis der foreligger en særligt alvorlig fumus boni juris, følger det af det ovenfor anførte, at Rettens præsident gjorde sig skyldig i urigtig retsanvendelse ved i den appellerede kendelse at fastslå, at denne lempelse ikke er tidsmæssigt begrænset. Denne lempelse af betingelsen om uopsættelighed i forbindelse med offentlige kontrakter gælder kun, hvis den forbigåede tilbudsgiver indgiver begæring om foreløbige forholdsregler til Unionens dommer i sager om foreløbige forholdsregler, inden der er indgået en kontrakt med tilslagsmodtageren. Denne tidsmæssige begrænsning er i øvrigt underlagt to betingelser. For det første skal den standstill-periode, der er foreskrevet i artikel 171, stk. 1, i forordning nr. 1268/2012, overholdes inden kontraktens indgåelse, og for det andet skal den forbigåede tilbudsgiver have været i besiddelse af tilstrækkelige oplysninger til at kunne udøve sin ret til at indgive en begæring om foreløbige forholdsregler i løbet af denne periode.

58 Lempelsen af betingelsen om uopsættelighed i forbindelse med offentlige kontrakter gælder derfor ikke i det foreliggende tilfælde. Kommissionens påstand om ophævelse af punkt 1 og 2 i den appellerede kendelses konklusion må på dette grundlag tages til følge, uden at det er fornødent at tage stilling til de øvrige appelanbringender.

Begæringen om foreløbige forholdsregler

59 Ifølge artikel 61, stk. 1, i statutten for Den Europæiske Unions Domstol kan Domstolen, når den ophæver Rettens afgørelse, enten selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse, eller hjemvise den til Retten til afgørelse. Denne bestemmelse finder også anvendelse på appel iværksat i overensstemmelse med artikel 57, stk. 2, i statutten for Domstolen (jf. kendelse afsagt af Domstolens vicepræsident, EDF mod Kommissionen, C-551/12 P(R), EU:C:2013:157, præmis 36 og 37 og den deri nævnte retspraksis).

60 Da sagen er moden til påkendelse, skal der træffes afgørelse om Vanbredas begæring om foreløbige forholdsregler.

61 Det bemærkes herved, at begæringen om foreløbige forholdsregler også kan forkastes af de grunde, som er angivet i den foreliggende kendelse, og som fører til ophævelse af den appellerede kendelse.

62 Som det fastslås i præmis 38 ovenfor, skal en tilbudsgiver, der har lidt skade under en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt på EU-niveau, således have mulighed for at anmode om foreløbige forholdsregler, før der indgås en kontrakt mellem tilslagsmodtageren og den ordregivende myndighed, selv om tilbudsgiveren ikke er i stand til at godtgøre, at der foreligger en uoprettelig skade, og dermed, at betingelsen om uopsættelighed er opfyldt. Hvis der er indgået en sådan kontrakt, og standstill-perioden på ti dage er overholdt, er der til gengæld – som nævnt i præmis 42 ovenfor – intet grundlag for at lempe betingelsen om uopsættelighed, selv om det antages, at der er påvist et tilfælde af særligt alvorlig fumus boni juris.

63 I det foreliggende tilfælde blev standstill-perioden på ti dage – som nævnt i præmis 56 ovenfor – overholdt, inden Kommissionen indgik aftalen med Marsh og forsikringsselskaberne.

64 Den pågældende aftale blev i øvrigt indgået den 27. februar 2014, dvs. længe før den 28. marts 2014, hvor Vanbreda anlagde annullationssøgsmål og fremsatte begæring om foreløbige forholdsregler.

65 Det må under disse omstændigheder og i overensstemmelse med den retspraksis, der er nævnt i præmis 24 ovenfor, bemærkes, at det økonomiske tab og den deraf følgende ikke-økonomiske skade, som Vanbreda har påberåbt sig i det foreliggende tilfælde, ikke kan betragtes som en uoprettelig skade, og at betingelsen om uopsættelighed derfor ikke er opfyldt.

66 Det fremgår dog af den faste retspraksis, der er nævnt i punkt 22 ovenfor, at betingelserne om henholdsvis fumus boni juris og uopsættelighed er kumulative.

67 Begæringen om foreløbige forholdsregler kan således ikke tages til følge, og det er ikke fornødent at undersøge, om der foreligger fumus boni juris, eller at foretage en interesseafvejning.

Sagens omkostninger

68 I henhold til artikel 184, stk. 2, i Domstolens procesreglement træffer Domstolen afgørelse om sagsomkostninger, såfremt appellen tages til følge, og Domstolen selv endeligt afgør sagen.

69 Det bestemmes i procesreglementets artikel 138, stk. 1, der i henhold til artikel 184, stk. 1, finder anvendelse i appelsager, at det pålægges den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.

70 Da Vanbreda har tabt appelsagen, og Kommissionen har nedlagt påstand om, at Vanbreda tilpligtes at betale omkostningerne i denne sag, bør Vanbreda pålægges omkostningerne i forbindelse med denne appelsag.

På grundlag af disse præmisser

bestemmer

DOMSTOLENS VICEPRÆSIDENT:

1) Punkt 1 og 2 i konklusionen i kendelsen afsagt af præsidenten for Den Europæiske Unions Ret, Vanbreda Risk & Benefits mod Kommissionen (T-199/14 R, EU:T:2014:1024), ophæves.

2) Begæringen om foreløbige forholdsregler tages ikke til følge.

3) Vanbreda Risk & Benefits betaler de omkostninger, der er afholdt i appelsagen.

Underskrifter