BESCHIKKING VAN DE VICEPRESIDENT VAN HET HOF

23 april 2015*

„Hogere voorziening — Beschikking in kort geding — Overheidsopdrachten voor diensten — Aanbesteding voor de verlening van diensten op het gebied van goederen- en persoonsverzekeringen — Afwijzing van de offerte van een inschrijver en besluit tot gunning van de opdracht aan een andere inschrijver — Verzoek tot opschorting van de tenuitvoerlegging — Bijzonder sterke fumus boni juris — Spoedeisendheid — Ernstige schade — Onherstelbare schade — Geen — Recht op een doeltreffende voorziening in rechte — Richtlijn 89/665/EEG — Artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie — Opschortende termijn vóór de sluiting van de overeenkomst — Toegang tot informatie op basis waarvan de rechtmatigheid van het gunningsbesluit kan worden beoordeeld”

In zaak C-35/15 P(R),

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 57, tweede alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 29 januari 2015,

Europese Commissie, vertegenwoordigd door S. Delaude en L. Cappelletti als gemachtigden,

rekwirante,

andere partij in de procedure:

Vanbreda Risk & Benefits, vertegenwoordigd door P. Teerlinck, P. de Bandt en M. Gherghinaru, avocats,

verzoekster in eerste aanleg,

geeft

DE VICEPRESIDENT VAN HET HOF,

de eerste advocaat-generaal, M. Wathelet, gehoord,

de navolgende

Beschikking

1 Met haar hogere voorziening vordert de Europese Commissie vernietiging van de beschikking van de president van het Gerecht van de Europese Unie in de zaak Vanbreda Risk & Benefits/Commissie (T-199/14 R, EU:T:2014:1024; hierna: „bestreden beschikking”), waarbij deze het verzoek tot opschorting van de tenuitvoerlegging van Vanbreda Risk & Benefits (hierna: „Vanbreda”) heeft toegewezen.

* Procestaal: Frans.

Toepasselijke bepalingen

2 Artikel 2, lid 1, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 (PB L 335, blz. 31; hierna: „richtlijn 89/665"), luidt als volgt:

„De lidstaten zorgen ervoor dat de maatregelen betreffende de in artikel 1 bedoelde beroepsprocedures voorzien in de nodige bevoegdheden om:

a) zo snel mogelijk en in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde inbreuk ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, met inbegrip van maatregelen om de gunningsprocedure voor een overheidsopdracht of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit, op te schorten dan wel te doen opschorten;

b) onwettig genomen besluiten nietig te verklaren dan wel nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de gunningsprocedure;

c) schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een inbreuk schade hebben geleden."

3 Artikel 2, lid 7, tweede alinea, van deze richtlijn bepaalt:

„Voorts mag, behalve in gevallen waarin een besluit moet worden nietig verklaard voordat schadevergoeding wordt toegekend, een lidstaat bepalen dat na de overeenkomstig artikel 1, lid 5, of lid 3 van dit artikel of de artikelen 2 bis tot en met 2 septies tot stand gekomen sluiting van de overeenkomst de bevoegdheden van de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie zich beperken tot het toekennen van schadevergoeding aan eenieder die door een inbreuk schade heeft geleden."

4 In artikel 2 bis van deze richtlijn is voorzien in een opschortende termijn van tien dagen na de vaststelling van het besluit tot gunning van de opdracht, of van vijftien dagen indien mededeling anders dan per faxbericht of langs elektronische weg plaatsvindt. Gedurende deze termijn mag geen overeenkomst ter uitvoering van dit besluit worden gesloten (hierna: „opschortende termijn van tien dagen"). In dit artikel is bepaald:

„1. De lidstaten dragen er zorg voor dat de [bij een opdracht belanghebbende] personen over voldoende tijd beschikken om op doeltreffende wijze beroep in te stellen tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten tot gunning van een opdracht, door de noodzakelijke bepalingen vast te stellen die voldoen aan de in lid 2 van [...] dit artikel en in artikel 2 quater bepaalde minimumvoorwaarden.

2. Het sluiten van de overeenkomst volgende op het besluit tot gunning van een onder richtlijn 2004/18/EG [van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114),] vallende opdracht kan niet geschieden vóór het verstrijken van een termijn van ten minste tien kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum waarop het besluit tot gunning van de opdracht per faxbericht of langs elektronische weg aan de betrokken inschrijvers en gegadigden is gezonden of, indien andere communicatiemiddelen worden gebruikt, vóór het verstrijken van een termijn van hetzij ten minste 15 kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum waarop het besluit

tot gunning van de opdracht aan de betrokken inschrijvers en gegadigden is gezonden, of, hetzij van ten minste tien kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum waarop het besluit tot gunning van de opdracht is ontvangen.

Inschrijvers worden geacht bij de procedure betrokken te zijn zolang zij niet definitief zijn uitgesloten. De uitsluiting is definitief wanneer de betrokken inschrijvers daarvan in kennis zijn gesteld en wanneer de uitsluiting wettig is bevonden door een onafhankelijke beroepsinstantie, dan wel er niet langer beroep tegen de uitsluiting kan worden ingesteld.

Gegadigden worden geacht bij de procedure betrokken te zijn indien de aanbestedende dienst geen informatie over de afwijzing van hun verzoek ter beschikking heeft gesteld voordat de betrokken inschrijvers in kennis werden gesteld van het besluit tot gunning van de opdracht.

De kennisgeving van het gunningsbesluit aan iedere betrokken inschrijver en gegadigde gaat vergezeld van:

— een samenvattende beschrijving van de relevante redenen uiteengezet in artikel 41, lid 2, van [richtlijn 2004/18], onder voorbehoud van de bepalingen van artikel 41, lid 3, van die richtlijn, en

— een nauwkeurige omschrijving van de precieze opschortende termijn die overeenkomstig de bepalingen van nationaal recht ter uitvoering van dit lid van toepassing is."

5 In de artikelen 1, lid 5, en 2, lid 3, van richtlijn 89/665 is voorzien in toepassing van de opschortende termijn van tien dagen in specifieke omstandigheden. De artikelen 2 ter tot en met 2 septies van deze richtlijn vervolledigen de in de richtlijn neergelegde beroepsregeling, die is gebaseerd op inachtneming van de in artikel 2 bis ervan vervatte opschortende termijn.

6 Artikel 171, lid 1, van gedelegeerde verordening (EU) nr. 1268/2012 van de Commissie van 29 oktober 2012 houdende uitvoeringsvoorschriften voor verordening (EU, Euratom) nr. 966/2012 van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van de financiële regels van toepassing op de algemene begroting van de Unie (PB L 362, blz. 1), luidt als volgt:

„De aanbestedende dienst ondertekent het contract of het raamcontract, dat onder richtlijn [2004/18] valt, met de succesvolle inschrijver pas wanneer 14 kalenderdagen zijn verstreken.

Deze termijn begint te lopen vanaf een van de volgende data:

a) de dag volgende op de datum van de gelijktijdige kennisgeving aan de uitgekozen en de afgewezen inschrijvers;

b) indien het contract of het kadercontract is gegund uit hoofde van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging van een opdracht, de datum na de publicatie van het [...] gunningsbericht in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.

Wanneer de in de tweede alinea, onder a), bedoelde verzending geschiedt per faxbericht of langs elektronische weg, bedraagt de wachttermijn tien kalenderdagen.

Indien nodig, kan de aanbestedende dienst de ondertekening van het contract voor aanvullend onderzoek opschorten, indien dit gerechtvaardigd is op grond van verzoeken of opmerkingen die afgewezen of benadeelde inschrijvers of gegadigden hebben geformuleerd, of op grond van andere relevante informatie die is ontvangen. De verzoeken, opmerkingen of informatie moeten zijn ontvangen gedurende de in de eerste alinea vastgestelde termijn. In geval van opschorting worden alle gegadigden of inschrijvers binnen drie werkdagen na het besluit tot opschorting in kennis gesteld.

[...]”

Voorgeschiedenis van het geding, procedure voor het Gerecht en bestreden beschikking

7 Op 10 augustus 2013 heeft de Commissie in het *Publicatieblad van de Europese Unie* onder refertenummer OIB.DR.2/PO/2013/062/591 een openbare aanbesteding betreffende de verzekering van goederen en personen, onderverdeeld in vier percelen, aangekondigd. Perceel 1 betrof de verzekering met ingang van 1 maart 2014 van onroerende goederen en de inhoud ervan, waarbij de overeenkomst zou worden gesloten door de Commissie, in eigen naam en in naam van de volgende aanbestedende diensten: de Raad van de Europese Unie, het Europees Sociaal en Economisch Comité, het Comité van de regio's van de Europese Unie, het Uitvoerend Agentschap Europese Onderzoeksraad, het Uitvoerend Agentschap voor concurrentievermogen en innovatie, het Uitvoerend Agentschap Onderzoek, het Uitvoerend Agentschap „Onderwijs, audiovisuele middelen en cultuur” en het Uitvoerend Agentschap Innovatie en Netwerken.

8 Deze aanbesteding had tot doel om het destijds van kracht zijnde contract te vervangen. Dat laatste was gesloten met een consortium waarvan Vanbreda de makelaar was en zou op 28 februari 2014 aflopen.

9 Op 7 september 2013 werd in het supplement op het *Publicatieblad van de Europese Unie* (PB S 174) een rectificatie bekendgemaakt, waarbij de uiterste datum voor indiening van offertes werd uitgesteld tot 25 oktober 2013 en de datum van de zitting voor het openbaar openen van de offertes werd uitgesteld tot 31 oktober 2013. Tijdens deze zitting heeft het comité voor de opening van de offertes nota genomen van de ontvangst van twee offertes voor perceel 1, die waren ingediend door Marsh SA (hierna: „Marsh”), verzekeringsmakelaar, en door Vanbreda.

10 Op 30 januari 2014 heeft de Commissie Marsh meegedeeld dat haar offerte was geselecteerd voor gunning van perceel 1, en heeft zij Vanbreda laten weten dat haar offerte was afgewezen voor dit perceel omdat daarin niet de laagste prijs was voorgesteld (hierna: „litigieus besluit”). De brief waarmee de Commissie Vanbreda in kennis heeft gesteld van het litigieuze besluit is haar via DHL en per e-mail toegezonden.

11 Op 27 februari 2014 is de dienstenovereenkomst tussen de Commissie, Marsh en de verzekeraars ondertekend en op 1 maart 2014 is deze ingegaan.

12 Bij afzonderlijke verzoekschriften van 28 maart 2014, neergelegd ter griffie van het Gerecht, heeft Vanbreda enerzijds krachtens artikel 263 VWEU beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit ingesteld en krachtens de artikelen 268 VWEU en 340 VWEU beroep tot schadevergoeding teneinde de Commissie te laten veroordelen tot betaling aan haar van één miljoen EUR, en anderzijds een verzoek in kort geding ingediend, waarbij zij de kortgedingrechter in wezen heeft verzocht om krachtens artikel 105, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht de opschorting te gelasten van de tenuitvoerlegging van het litigieuze besluit in afwachting van de eindbeschikking in het kort geding bij het Gerecht, en de opschorting te gelasten van de tenuitvoerlegging van het litigieuze besluit tot de uitspraak van het Gerecht op het hoofdberoep.

13 Op 3 april 2014 heeft de president van het Gerecht bij beschikking in de zaak Vanbreda Risk & Benefits (T-199/14 R) gelast, enerzijds, dat de tenuitvoerlegging van het litigieuze besluit alsmede van de in dat kader door de Commissie, Marsh en de betrokken verzekeraar(s) gesloten dienstenovereenkomst werd opgeschort tot de eindbeschikking in het kort geding en, anderzijds, dat bepaalde door Vanbreda genoemde documenten moesten worden overgelegd.

14 Op 8 april 2014 heeft de Commissie de president van het Gerecht verzocht om punt 1 van het dictum van de beschikking van 3 april 2014 in de zaak Vanbreda Risk & Benefits (T-199/14 R) onverwijld, met terugwerkende kracht en zonder enig voorbehoud, in te trekken. Op 10 april 2014 heeft de president van het Gerecht, gelet op de hem in dat verzoek ter kennis gebracht informatie, in de zaak Vanbreda Risk & Benefits (T-199/14 R) een nieuwe beschikking gegeven waarbij het verzoek van de Commissie is toegewezen. Op 25 april 2014 heeft de Commissie gereageerd op het verzoek in kort geding.

15 Op 4 december 2014 heeft de president van het Gerecht bij de bestreden beschikking de opschorting gelast van de tenuitvoerlegging van het litigieuze besluit. Na in punt 136 van deze beschikking te hebben overwogen dat de voorwaarde inzake fumus boni juris was vervuld en, in de punten 142 tot en met 145 van die beschikking, dat de gestelde schade ernstig was, is hij in de punten 148 tot en met 165 van genoemde beschikking tot het oordeel gekomen dat, gelet op het specifieke karakter van verzoeken in kort geding op het gebied van overheidsopdrachten alsmede op de bijzonder sterke fumus boni juris in dit geval, ook aan de voorwaarde inzake spoedeisendheid was voldaan, niettegenstaande de omstandigheid dat de schade niet onherstelbaar was. Deze conclusie heeft hij met name gebaseerd op een algemeen beginsel van het Unierecht, afgeleid uit de in de punten 16 tot en met 20 van de bestreden beschikking bij wijze van inleiding uiteengezette verplichting om in geval van overheidsopdrachten een doeltreffende voorlopige bescherming in rechte te waarborgen.

16 Het dictum van de bestreden beschikking luidt als volgt:

„1) Het [litigieuze] besluit van de [...] Commissie [...] waarbij de offerte die [Vanbreda] had ingediend in het kader van een openbare aanbesteding voor een opdracht bestaande in de verzekering van goederen en personen, is afgewezen en deze opdracht aan een andere vennootschap is gegund, wordt geschorst met betrekking tot de gunning van perceel 1.

2) De gevolgen van dat besluit [...] blijven gehandhaafd tot het verstrijken van de termijn van hogere voorziening tegen de onderhavige beschikking.

3) De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden."

Conclusies van partijen

17 De Commissie concludeert tot:

— vernietiging van de punten 1 en 2 van de bestreden beschikking;

— afwijzing van het verzoek om voorlopige maatregelen, en

— verwijzing van Vanbreda in de kosten, met inbegrip van die welke in het kader van de procedure voor het Gerecht zijn gemaakt.

18 Vanbreda concludeert tot:

— afwijzing van de hogere voorziening in haar geheel;

— bevestiging van het dictum van de bestreden beschikking en van de daarbij toegekende voorlopige maatregelen, en

— verwijzing van de Commissie in de kosten, met inbegrip van die welke in het kader van de procedure voor het Gerecht zijn gemaakt.

Hogere voorziening

19 Ter ondersteuning van haar hogere voorziening voert de Commissie vier middelen aan, die onderscheidenlijk zijn ontleend aan een onjuiste rechtsopvatting bij de toetsing aan de voorwaarde inzake spoedeisendheid wat betreft de aan het ontbreken van onherstelbare schade te verbinden gevolgen; aan onjuiste rechtsopvattingen bij de toetsing aan dezelfde voorwaarde wat betreft de beweerdelijk ernstige schade die volgens de Commissie geen eigen schade van Vanbreda is; aan een onjuiste rechtsopvatting bij de belangenafweging wat betreft het toepasselijke kader waarbinnen het belang van Vanbreda diende te worden beoordeeld, en aan een onjuiste rechtsopvatting bij de belangenafweging doordat geen rekening is gehouden met de belangen van derden.

Argumenten van partijen

20 In het kader van haar eerste middel betoogt de Commissie in wezen dat de president van het Gerecht blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door op basis van de gestelde bijzonder sterke fumus boni juris te oordelen dat in dit geval aan de voorwaarde inzake spoedeisendheid was voldaan, niettegenstaande de omstandigheid dat Vanbreda niet had aangetoond dat de afwijzing van haar verzoek in kort geding haar onherstelbare schade dreigde te berokkenen. De Commissie merkt in het bijzonder op dat de door de president van het Gerecht genoemde richtlijn 89/665 niet van toepassing is op de instellingen van de Europese Unie, en niet bepaalt onder welke voorwaarden de tenuitvoerlegging kan worden opgeschort. De Commissie benadrukt verder dat de procedure in kort geding volgens de rechtspraak van het Hof tot doel heeft om de volle werking van het toekomstige definitieve besluit te waarborgen, en niet om op definitieve wijze een onrechtmatigheid te herstellen.

21 In haar reactie stelt Vanbreda met name dat het Gerecht het voor verzoeken in kort geding geldende juridische kader bij de bestreden beschikking op juiste wijze heeft toegepast, gelet op het specifieke karakter van procedures in kort geding op het gebied van overheidsopdrachten en rekening houdend met het wezenlijke belang van het recht om op dit gebied over een doeltreffende voorlopige bescherming in rechte te kunnen beschikken overeenkomstig artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”).

Beoordeling door het Hof

22 Om te beginnen dient eraan te worden herinnerd dat verzoeken in kort geding overeenkomstig artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht een duidelijke omschrijving moeten bevatten van het voorwerp van het geschil en van de omstandigheden waaruit het spoedeisend karakter van het verzoek blijkt, alsmede de middelen, zowel feitelijk als rechtens, op grond waarvan de voorlopige maatregel waartoe wordt geconcludeerd, aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomt. Aldus kunnen de opschorting van de tenuitvoerlegging en de andere voorlopige maatregelen door de rechter in kort geding worden toegekend, indien vaststaat dat zij op het eerste gezicht feitelijk en rechtens gerechtvaardigd voorkomen (fumus boni juris) en spoedeisend zijn in die zin dat het ter voorkoming van ernstige en onherstelbare schade aan de belangen van de verzoeker noodzakelijk is dat zij reeds vóór de beslissing op het hoofdberoep worden gelast en effect sorteren. Deze voorwaarden zijn cumulatief, zodat het verzoek om voorlopige maatregelen moet worden afgewezen zodra aan een van deze voorwaarden niet wordt voldaan [beschikking SCK en FNK/Commissie, C-268/96 P(R), EU:C:1996:381, punt 30].

23 Vastgesteld dient te worden dat de overwegingen in de bestreden beschikking inhouden dat, ondanks dat de schade niet onherstelbaar is, in dit geval is voldaan aan de voorwaarde van spoedeisendheid, afwijken van de vaste rechtspraak van de Unierechter over deze voorwaarde, in het bijzonder wat betreft de herstelbaarheid van de financiële schade die een in het kader van een procedure inzake overheidsopdrachten afgewezen inschrijver lijdt.

24 Volgens vaste rechtspraak van het Hof en het Gerecht kan financiële schade behoudens uitzonderlijke omstandigheden immers niet als onherstelbaar worden beschouwd, aangezien de benadeelde persoon over het algemeen door een financiële vergoeding kan worden teruggebracht in de situatie die vóór het ontstaan van de schade bestond. Een dergelijke schade zou met name kunnen worden hersteld in het kader van een beroep tot schadevergoeding, ingesteld op grond van de artikelen 268 VWEU en 340 VWEU [beschikking van de vicepresident van het Hof Commissie/Pilkington Group, C-278/13 P(R), EU:C:2013:558, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak; zie op het gebied van overheidsopdrachten ook de beschikking van de president van het Gerecht Communicaid Group/Commissie, T-4/13 R, EU:T:2013:121, punten 22, 28-30, 33, 34 en 37]. Zoals de president van het Gerecht in de punten 154 en 156 van de bestreden beschikking heeft geoordeeld, is de in dit geval gestelde schade niet onherstelbaar in de zin van deze rechtspraak.

25 Aangezien de president van het Gerecht zijn conclusie dat in dit geval aan de voorwaarde inzake spoedeisendheid is voldaan, evenwel heeft gebaseerd op een algemeen beginsel van het Unierecht, vallend onder het in artikel 47 van het Handvest neergelegde recht op een doeltreffende voorziening in rechte, dient het bestaan en de draagwijdte van dit beginsel te worden onderzocht.

26 Richtlijn 89/665, die de president van het Gerecht aanhaalt ter onderbouwing van het bestaan van dit beginsel, is in dit verband gericht tot de lidstaten en geldt als zodanig dus niet voor de instellingen van de Unie.

27 Het Hof heeft echter geoordeeld dat een algemeen beginsel van het Unierecht kan worden geconcretiseerd in een richtlijn (arrest Kücükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, punten 20 en 21 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

28 Vastgesteld dient te worden dat in richtlijn 89/665 binnen het specifieke gebied van overheidsopdrachten het algemene beginsel dat recht bestaat op een doeltreffende voorziening in rechte wordt geconcretiseerd, zodat het nodig is om ten aanzien van de door de Unie zelf gegunde opdrachten rekening te houden met de wijze waarop dit algemene beginsel uitdrukking heeft gevonden in de bepalingen van die richtlijn, zoals de president van het Gerecht heeft geoordeeld in punt 20 van de bestreden beschikking.

29 Op grond van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte als vervat in artikel 47 van het Handvest heeft het Hof, uitgaande van de bepalingen van richtlijn 89/665, geoordeeld dat een effectieve rechterlijke bescherming vereist dat de belanghebbenden enige tijd vóór de sluiting van de overeenkomst op de hoogte worden gebracht van het gunningsbesluit, zodat zij over een reële beroepsmogelijkheid beschikken en met name een verzoek om voorlopige maatregelen kunnen indienen voordat deze overeenkomst wordt gesloten (arrest Fastweb, C-19/13, EU:C:2014:2194, punt 60 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

30 Gelet hierop heeft de president van het Gerecht in punt 158 van de bestreden beschikking terecht overwogen dat het niet valt te verzoenen met de door richtlijn 89/665 ten uitvoer gelegde vereisten die voortvloeien uit de inzake overheidsopdrachten te waarborgen doeltreffende voorlopige bescherming, om op ongenuanceerde wijze zodanig toepassing te geven aan rechtspraak, ook vaste, dat het voor een afgewezen inschrijver praktisch onmogelijk is om opschorting te bewerkstelligen van de tenuitvoerlegging van een door een instelling of ander orgaan van de Unie vastgesteld besluit tot gunning van een opdracht, met als reden dat de schade die hij kan lijden financieel van aard en dus niet onherstelbaar is.

31 De Unierechter kan echter, zodra hij rekening houdt met de bepalingen van een richtlijn waarin een algemeen beginsel van het Unierecht wordt geconcretiseerd, de inhoud van die bepalingen niet buiten beschouwing laten, ondanks dat die bepalingen in het concrete geval als zodanig niet van toepassing zijn. Meer in het bijzonder geldt dat voor zover uit de bepalingen van een dergelijke richtlijn blijkt dat

de Uniewetgever een evenwicht heeft willen vinden tussen de verschillende betrokken belangen, de Unierechter met dit evenwicht rekening moet houden bij de toepassing die hij geeft aan het aldus geconcretiseerde algemene beginsel.

32 In het onderhavige geval dient erop gewezen te worden dat de lidstaten op grond van artikel 2, lid 1, van richtlijn 89/665 verplicht zijn om in hun nationale recht te voorzien in drie verschillende beroepsprocedures in het kader waarvan een in een gunningsprocedure voor een overheidsopdracht benadeelde persoon bij de bevoegde rechter een vordering kan instellen gericht op, ten eerste, „voorlopige maatregelen om de beweerde inbreuk ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, met inbegrip van maatregelen om de gunningsprocedure voor een overheidsopdracht of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit, op te schorten dan wel te doen opschorten", ten tweede, nietigverklaring van onwettig genomen besluiten en, ten derde, toekenning van schadevergoeding.

33 Artikel 2, lid 7, tweede alinea, van richtlijn 89/665 bepaalt echter dat „behalve in gevallen waarin een besluit moet worden nietig verklaard voordat schadevergoeding wordt toegekend, een lidstaat [mag] bepalen dat na de overeenkomstig artikel 1, lid 5, of lid 3 van dit artikel of de artikelen 2 bis tot en met 2 septies tot stand gekomen sluiting van de overeenkomst de bevoegdheden van de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie zich beperken tot het toekennen van schadevergoeding aan eenieder die door een inbreuk schade heeft geleden".

34 Zoals het Hof heeft geoordeeld in de punten 62 en 63 van het arrest Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194) heeft de Uniewetgever met de bepalingen van richtlijn 89/665 beoogd om de belangen van de afgewezen inschrijver te verzoenen met de belangen van de aanbestedende dienst en die van de geselecteerde onderneming, door het recht om een kort geding aanhangig te maken, welke procedure de lidstaten verplicht zijn voor een dergelijke inschrijver open te stellen, te beperken tot de periode voorafgaand aan de sluiting van de overeenkomst. Na deze periode hoeft voor deze inschrijver enkel de mogelijkheid open te staan om een vordering tot schadevergoeding overeenkomstig artikel 2, lid 1, onder c), van richtlijn 89/665 in te stellen (zie in deze zin ook arrest Alcatel Austria e.a., C-81/98, EU:C:1999:534, punt 37).

35 Derhalve is de verplichting voor lidstaten om in hun nationale recht personen die zijn benadeeld door een besluit dat is vastgesteld na een gunningsprocedure voor een overheidsopdracht, de mogelijkheid te bieden om overeenkomstig artikel 2, lid 1, van richtlijn 89/665 voorlopige maatregelen te vorderen, beperkt tot de periode tussen de vaststelling van dat besluit en de sluiting van de overeenkomst.

36 Overeenkomstig de artikelen 1, lid 5, 2, lid 3, en 2 bis tot en met 2 septies van die richtlijn mag de overeenkomst echter niet worden gesloten vóór het verstrijken van de opschortende termijn van tien dagen.

37 Zoals het Hof heeft geoordeeld in punt 61 van het arrest Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194), heeft de opschortende termijn van tien dagen tot doel om de belanghebbenden in de gelegenheid te stellen om de gunning van een opdracht in rechte te betwisten voordat de overeenkomst wordt gesloten.

38 In het licht van het voorgaande heeft de president van het Gerecht in punt 20 van de bestreden beschikking ten onrechte, zonder beperking tot de periode voorafgaand aan de sluiting van de overeenkomst tussen de aanbestedende dienst en de geselecteerde onderneming, het bestaan vastgesteld van een uit het recht op een doeltreffende bescherming in rechte voortvloeiend algemeen beginsel van het Unierecht op basis waarvan een afgewezen inschrijver niet enkel schadevergoeding moet kunnen verkrijgen, maar ook voorlopige maatregelen.

39 Aangezien de opschortende termijn van tien dagen als vervat in richtlijn 89/665 immers vóór de sluiting van de overeenkomst is verstreken, kan uit de bepalingen van deze richtlijn niet worden afgeleid dat de omstandigheid dat een afgewezen inschrijver de rechter enkel om schadevergoeding kan

verzoeken, in strijd is met een algemeen beginsel van het Unierecht inzake het recht op een doeltreffende voorziening in rechte. Voor opdrachten die worden gegund door de aanbestedende diensten van de Unie zelf geldt op grond van artikel 171, lid 1, van verordening nr. 1268/2012 dezelfde opschortende termijn. Deze termijn beloopt eveneens tien kalenderdagen wanneer het besluit tot gunning van de opdracht langs elektronische weg wordt medegedeeld aan de belanghebbenden.

40 Vervolgens dient te worden nagegaan of de president van het Gerecht in het licht van het voorgaande blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 164 van de bestreden beschikking tot de conclusie te komen dat in casu was voldaan aan de voorwaarde inzake spoedeisendheid, niettegenstaande de omstandigheid dat de gestelde schade, hoewel ernstig, niet onherstelbaar was.

41 Gelet op de vereisten die voortvloeien uit de inzake overheidsopdrachten te waarborgen doeltreffende bescherming, dient te worden beslist, zoals ook de president van het Gerecht in punt 162 van de bestreden beschikking heeft gedaan, dat wanneer de niet-gekozen inschrijver erin slaagt een bijzonder sterke fumus boni juris aan te tonen, van hem niet kan worden verlangd dat hij aantoont dat afwijzing van zijn verzoek in kort geding dreigt hem onherstelbare schade te berokkenen, want anders zou op buitensporige en ongerechtvaardigde wijze afbreuk worden gedaan aan de doeltreffende bescherming in rechte die hij geniet krachtens artikel 47 van het Handvest.

42 Overeenkomstig het oordeel in punt 38 van deze beschikking geldt deze door het recht op een doeltreffende voorziening in rechte gerechtvaardigde versoepeling van de voorwaarden voor de beoordeling van de spoedeisendheid, evenwel enkel tijdens de fase die voorafgaat aan de sluiting van de overeenkomst, voor zover de opschortende termijn van tien dagen als vervat in artikel 171, lid 1, van verordening nr. 1268/2012 in acht wordt genomen. Voor zover de aanbestedende dienst de overeenkomst met de geselecteerde onderneming heeft gesloten nadat deze termijn is verstreken en voordat het verzoek in kort geding is ingediend, is bovengenoemde versoepeling niet meer gerechtvaardigd.

43 Wat betreft de toepassing van deze uitgangspunten in het voorliggende geval, blijkt uit punt 4 van de bestreden beschikking dat de Commissie de geselecteerde onderneming op 30 januari 2014 heeft medegedeeld dat haar offerte was geselecteerd voor gunning van perceel 1, en voorts Vanbreda heeft medegedeeld dat haar offerte voor perceel 1 was afgewezen omdat zij niet de laagste prijs voorstelde. Verder is in punt 5 van de beschikking van de president van het Gerecht van 10 april 2014, Vanbreda Risk & Benefits/Commissie (T-199/14 R), opgemerkt dat de dienstenovereenkomst tussen de Commissie, Marsh en de verzekeraars op 27 februari 2014 is ondertekend en dat deze overeenkomst op 1 maart 2014 is ingegaan.

44 Aangezien van het bestreden besluit aan Vanbreda mededeling was gedaan door middel van een haar langs elektronische weg toegezonden brief van 30 januari 2014, beliep de op grond van artikel 171, lid 1, van verordening nr. 1268/2012 toepasselijke opschortende termijn tien dagen, en is deze termijn in dit geval in acht genomen. Overeenkomstig deze bepaling is deze termijn immers ingegaan op 31 januari 2014, zijnde 28 dagen vóór de sluiting van de overeenkomst.

45 Voorts blijkt uit punt 5 van de bestreden beschikking dat Vanbreda haar verzoek in kort geding heeft ingediend op 28 maart 2014. De sluiting van de overeenkomst tussen de Commissie, Marsh en de verzekeraars, op 27 februari 2014, heeft daarmee vóór de indiening van dit verzoek in kort geding plaatsgevonden.

46 In deze omstandigheden is, gelet op hetgeen is vastgesteld in punt 42 van deze beschikking, de versoepeling van de voorwaarde inzake spoedeisendheid in beginsel niet gerechtvaardigd.

47 Het is evenwel van belang erop te wijzen dat de opschortende termijn van tien dagen enkel volstaat om belanghebbenden in staat te stellen zich vóór de sluiting van de overeenkomst in rechte te verzetten tegen de gunning van de opdracht, indien deze belanghebbenden over voldoende gegevens beschikken om te bepalen of het gunningsbesluit eventueel onrechtmatig is.

48 Niet kan worden geoordeeld, althans niet zonder het beginsel dat recht op een doeltreffende voorziening in rechte bestaat te schenden, dat de opschortende termijn van tien dagen in acht is genomen in een situatie waarin de afgewezen inschrijver niet daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om vóór de sluiting van de overeenkomst een verzoek om voorlopige maatregelen in te dienen als gevolg van de omstandigheid dat hij gedurende deze termijn niet heeft kunnen beschikken over voldoende gegevens om een dergelijk verzoek in te dienen.

49 Gelet op de vereisten van het rechtszekerheidsbeginsel moet deze uitzondering op de louter mechanische toepassing van de opschortende termijn van tien dagen evenwel worden beperkt tot uitzonderlijke gevallen waarin de afgewezen inschrijver vóór de sluiting van de overeenkomst met de geselecteerde onderneming geen enkele reden had om aan te nemen dat het besluit tot gunning van de opdracht onrechtmatig was.

50 Derhalve dient te worden nagegaan of Vanbreda, gezien de feitelijke vaststellingen in de bestreden beschikking, voldoende gegevens tot haar beschikking heeft gehad om gebruik te maken van de opschortende termijn van tien dagen teneinde een verzoek om voorlopige maatregelen in te dienen vóór de sluiting van de overeenkomst door de Commissie, Marsh en de verzekeraars op 27 februari 2014.

51 In dit verband heeft de president van het Gerecht in de punten 38 tot en met 43 van de bestreden beschikking de contacten onderzocht die er tussen de Commissie en Vanbreda zijn geweest vóór de sluiting van genoemde overeenkomst, teneinde de ontvankelijkheid van een nieuw middel te beoordelen. In punt 45 van de bestreden beschikking heeft hij geoordeeld dat Vanbreda na de indiening van haar verzoek in kort geding op 28 maart 2014 en dus na de sluiting van de overeenkomst op 27 februari 2014 tot de ontdekking is gekomen dat Marsh haar offerte voor perceel 1 niet gezamenlijk met andere verzekeraars had ingediend, maar als één enkele inschrijver. De president van het Gerecht heeft daarom geoordeeld dat een aan die omstandigheid ontleend middel ontvankelijk was, ook al was het na de indiening van het aanvankelijke verzoek aangevoerd.

52 Uit de feitelijke vaststelling van de president van het Gerecht in de bestreden beschikking blijkt echter dat Vanbreda ruim vóór de sluiting van de overeenkomst door de Commissie, Marsh en de verzekeraars op 27 februari 2014, aanleiding had te twijfelen aan de rechtmatigheid van het litigieuze besluit.

53 Uit punt 37 van de bestreden beschikking blijkt immers dat Vanbreda de Commissie reeds op 8 november 2013 op de hoogte heeft gesteld van haar twijfels over de rechtmatigheid van de offerte van Marsh en meer in het bijzonder van haar twijfels over de vraag of Marsh had voldaan aan de in geval van gezamenlijke indiening met verschillende verzekeraars geldende voorwaarde inzake hoofdelijke aansprakelijkheid. Verder blijkt uit de punten 38 tot en met 40 van de bestreden beschikking dat Vanbreda in e-mails van 31 januari en 4 februari 2014 alsmede in aangetekende brieven van 3 en 7 februari 2014 deze twijfels heeft herhaald en de Commissie heeft verzocht om bepaalde documenten ter zake over te leggen. Ten slotte heeft de Commissie Vanbreda per brief van 7 februari 2014, zoals besproken in punt 41 van de bestreden beschikking, aangegeven dat de overeenkomst voor perceel 1 was gegund aan Marsh omdat zij een conforme offerte had ingediend met de laagste prijs. Uit punt 43 van de bestreden beschikking blijkt dat Vanbreda in antwoord op deze brief op 11 februari 2014 haar verzoek heeft herhaald om toezending van de gegevens en documenten die zij in haar eerdere correspondentie had vermeld.

54 Uit de feitelijke vaststellingen in de bestreden beschikking vloeit dus voort dat Vanbreda in de dagen nadat het litigieuze besluit haar was medegedeeld, en ten laatste op 11 februari 2014 in staat was om specifieke bezwaren tegen het litigieuze besluit te formuleren. Er moet dan ook van worden uitgegaan dat de opschortende termijn van tien dagen ten laatste op 11 februari 2014 is ingegaan, dus 16 kalenderdagen voordat de Commissie, Marsh en de verzekeraars op 27 februari 2014 de overeenkomst hebben gesloten.

55 De door de president van het Gerecht vastgestelde omstandigheid dat Vanbreda op 11 februari 2014 geen kennis droeg van het feit dat Marsh haar offerte voor perceel 1 niet gezamenlijk met verzekeraars, maar als één enkele inschrijver had ingediend, heeft Vanbreda niet de mogelijkheid ontnomen om binnen de opschortende termijn van tien dagen een verzoek om voorlopige maatregelen in te dienen. Zoals is aangegeven in punt 51 van deze beschikking heeft de president van het Gerecht in punt 45 van de bestreden beschikking immers ook geoordeeld dat Vanbreda nog steeds niet bekend was met deze omstandigheid toen zij op 28 maart 2014 daadwerkelijk haar verzoek tot nietigverklaring en haar verzoek in kort geding heeft ingediend.

56 Hieruit volgt dat de opschortende termijn van tien dagen als vervat in artikel 171, lid 1, van verordening nr. 1268/2012 in dit geval ten volle in acht is genomen.

57 Gelet op een en ander is de president van het Gerecht weliswaar op goede gronden tot het oordeel gekomen dat het met het oog op het bestaan van een uit het recht op een doeltreffende voorziening in rechte voortvloeiend algemeen beginsel van het Unierecht geboden is om op het gebied van overheidsopdrachten de in de rechtspraak ontwikkelde voorwaarde inzake spoedeisendheid aldus te versoepelen dat ernstige maar niet onherstelbare schade voor het bewijs daarvan kan volstaan zodra sprake is van een bijzonder sterke fumus boni iuris, maar heeft hij in de bestreden beschikking blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat deze versoepeling zonder beperking in de tijd geldt. Die versoepeling van de voorwaarde inzake spoedeisendheid op het gebied van overheidsopdrachten geldt immers enkel indien de afgewezen inschrijver de kortgedingrechter van de Unie heeft verzocht om voorlopige maatregelen vóór de sluiting van de overeenkomst met de geselecteerde onderneming. Bovendien is deze beperking in de tijd zelf onderworpen aan de tweeledige voorwaarde dat, in de eerste plaats, de opschortende termijn als vervat in artikel 171, lid 1, van verordening nr. 1268/2012 vóór de sluiting van de overeenkomst in acht is genomen en, in de tweede plaats, de afgewezen inschrijver voldoende gegevens tot zijn beschikking heeft gehad om binnen die termijn zijn recht uit te oefenen een verzoek om voorlopige maatregelen in te dienen.

58 In het onderhavige geval geldt de versoepeling van de voorwaarde inzake spoedeisendheid op het gebied van overheidsopdrachten dus niet. Dat betekent dat de punten 1 en 2 van het dictum van de bestreden beschikking overeenkomstig de conclusies van de Commissie dienen te worden vernietigd, zonder dat de overige middelen van de hogere voorziening beoordeling behoeven.

Het verzoek om voorlopige maatregelen

59 Overeenkomstig artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie kan het Hof in geval van vernietiging van de beslissing van het Gerecht de zaak zelf afdoen wanneer deze in staat van wijzen is, dan wel haar voor afdoening verwijzen naar het Gerecht. Deze bepaling is ook van toepassing op de hogere voorzieningen die krachtens artikel 57, tweede alinea, van het Statuut van het Hof worden ingesteld [zie beschikking van de vicepresident van het Hof in de zaak EDF/Commissie, C-551/12 P(R), EU:C:2013:157, punten 36 en 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

60 Daar de zaak zich in staat van wijzen bevindt, moet op het verzoek om voorlopige maatregelen van Vanbreda uitspraak worden gedaan.

61 In dit verband moet worden vastgesteld dat de in deze beschikking uiteengezette, in de vernietiging van de bestreden beschikking uitmondende overwegingen tevens de afwijzing van het verzoek in kort geding rechtvaardigen.

62 Zoals is geoordeeld in punt 38 van deze beschikking dient een in het kader van een aanbestedingsprocedure op het niveau van de Unie benadeelde inschrijver immers over de mogelijkheid te beschikken om vóór de sluiting van de overeenkomst tussen de geselecteerde onderneming en de aanbestedende dienst voorlopige maatregelen te verkrijgen, ondanks dat hij niet in staat is om het bestaan van onherstelbare schade aan te tonen teneinde aan de voorwaarde inzake spoedeisendheid te voldoen. Zoals is opgemerkt in punt 42 van deze beschikking is er na de sluiting van die overeenkomst en mits de opschortende termijn van tien dagen in acht is genomen, daarentegen geen grond voor versoepeling van de toepassing van de voorwaarde inzake spoedeisendheid, zelfs gesteld dat een bijzonder sterke fumus boni iuris is aangetoond.

63 In het onderhavige geval is de opschortende termijn van tien dagen in acht genomen voordat de Commissie de overeenkomst heeft gesloten met Marsh en de verzekeraars, zoals is geoordeeld in punt 56 van deze beschikking

64 Voorts heeft de sluiting van deze overeenkomst, op 27 februari 2014, plaatsgevonden ruim voordat Vanbreda op 28 maart 2014 haar verzoek tot nietigverklaring en haar verzoek in kort geding heeft ingediend.

65 In deze omstandigheden dient overeenkomstig de in punt 24 van deze beschikking aangehaalde rechtspraak te worden vastgesteld dat de in dit geval door Vanbreda gestelde financiële schade alsmede de daarop betrekking hebbende immateriële schade geen onherstelbare schade vormen, zodat niet is voldaan aan de voorwaarde inzake spoedeisendheid.

66 Volgens de in punt 22 van deze beschikking genoemde vaste rechtspraak zijn de voorwaarden inzake de fumus boni iuris en de spoedeisendheid cumulatief.

67 Bijgevolg dient het verzoek in kort geding te worden afgewezen, zonder dat het nodig is het bestaan van een fumus boni iuris te onderzoeken of een belangenafweging te verrichten.

Kosten

68 Volgens artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof beslist het Hof ten aanzien van de proceskosten wanneer de hogere voorziening gegrond is en het Hof zelf de zaak afdoet.

69 Ingevolge artikel 138, lid 1, van dat Reglement, dat op grond van artikel 184, lid 1, ervan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor zover dit is gevorderd.

70 Aangezien in de onderhavige zaak Vanbreda in de procedure in hogere voorziening in het ongelijk is gesteld en de Commissie zulks heeft gevorderd, dient zij te worden verwezen in de kosten van deze procedure.

De vicepresident van het Hof beschikt:

1) De punten 1 en 2 van het dictum van de beschikking van de president van het Gerecht Vanbreda Risk & Benefits/Commissie (T-199/14 R, EU:T:2014:1024) worden vernietigd.

2) Het verzoek in kort geding wordt afgewezen.

3) Vanbreda Risk & Benefits wordt verwezen in de kosten van de procedure in hogere voorziening.

ondertekeningen