Rättsfallssamlingen

BESLUT AV DOMSTOLENS VICE ORDFÖRANDE

den 23 april 2015 *

”Överklagande — Beslut om interimistiska åtgärder — Offentlig upphandling av tjänster — Anbudsinfordran avseende tillhandahållande av försäkringstjänster avseende egendom och person — Beslut att inte anta en anbudsgivares anbud och att tilldela en annan anbudsgivare kontraktet — Begäran om uppskov med verkställigheten — Framstår vid första påseendet som särskilt faktiskt och rättsligt befogat (fumus boni juris) — Situation som ställer krav på skyndsamhet — Allvarlig skada — Irreparabel skada — Föreligger inte — Rätt till ett effektivt rättsmedel — Direktiv 89/665/EEG — Artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna — Den period under vilken avtal inte får ingås innan avtal ingås — Tillgång till upplysningar som gör det möjligt att bedöma huruvida beslutet om tilldelning är lagenligt”

I mål C-35/15 P(R),

angående ett överklagande enligt artikel 57 andra stycket i stadgan för Europeiska unionens domstol, som ingavs den 29 januari 2015,

Europeiska kommissionen, företrädd av S. Delaude och L. Cappelletti, båda i egenskap av ombud,

sökande,

i vilket den andra parten är:

Vanbreda Risk & Benefits, företrätt av P. Teerlinck, P. de Bandt och M. Gherghinaru, avocats,

sökande i första instans,

meddelar

DOMSTOLENS VICE ORDFÖRANDE,

efter att ha hört förste generaladvokaten M. Wathelet,

följande

Beslut

1 Europeiska kommissionen har yrkat att domstolen ska upphäva det beslut som meddelades av tribunalens ordförande i målet Vanbreda Risk & Benefits/kommissionen (T-199/14 R, EU:T:2014:1024) (nedan kallat det överklagade beslutet), genom vilket tribunalen biföll Vanbreda Risk & Benefits (nedan kallat Vanbreda) talan om uppskov med verkställigheten.

* Rättegångsspråk: franska.

Tillämpliga bestämmelser

2 Artikel 2.1 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 (EUT L 335, s. 31) (nedan kallat direktiv 89/665) har följande lydelse:

”Medlemsstaterna ska se till att de åtgärder som vidtas vad avser prövningsförfarandena i artikel 1 innehåller bestämmelser om befogenheter att

a) vid första möjliga tillfälle och genom interimistiskt förfarande vidta provisoriska åtgärder i syfte att korrigera den påstådda överträdelsen eller förhindra att de berörda intressena skadas ytterligare, inbegripet åtgärder för att skjuta upp eller garantera uppskovet av förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt eller av genomförandet av ett beslut som fattats av den upphandlande myndigheten,

b) antingen åsidosättande eller garantera åsidosättande av beslut som fattats på olagligt sätt, inbegripet undanröjande av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbudsinfordran, kontraktshandlingarna eller något annat dokument som avser tilldelningsförfarandet,

c) bevilja skadestånd till personer som skadats av en överträdelse.”

3 Artikel 2.7 andra stycket i direktiv 89/665 har följande lydelse:

”Vidare får medlemsstaterna, utom i de fall där ett beslut ska åsidosättas innan skadestånd beviljas, föreskriva att efter det att ett avtal ingåtts i enlighet med artikel 1.5, punkt 3 i den här artikeln eller artiklarna 2a–2f ska prövningsorganets befogenheter vara begränsade till beslut om skadestånd till den som lidit skada av överträdelsen.”

4 I artikel 2a i direktiv 89/665 föreskrivs en period på tio dagar efter det att ett beslut om tilldelning av kontrakt har fattats, eller femton dagar om ett annat kommunikationsmedel än telefax eller elektroniska medel används, under vilken avtal inte får ingås (nedan kallad tiodagarsperiod under vilken avtal inte får ingås). Denna bestämmelse har följande lydelse:

”1. Medlemsstaterna ska se till att de personer som [berörs av en marknad] får de tidsfrister som krävs för att effektivt kunna pröva de upphandlande enheternas beslut om tilldelning av kontrakt, genom att införa de bestämmelser som krävs för att uppfylla de minimikrav som anges i punkt 2 i denna artikel och i artikel 2c.”

2. Avtal enligt beslut om tilldelning av ett kontrakt som omfattas av direktiv 2004/18/EG får inte ingås före utgången av en tidsfrist på minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet översändes till de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena, om telefax eller elektroniska medel används, eller, om andra kommunikationsmedel används, före utgången av antingen en tidsfrist på minst 15 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet översändes till de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena eller minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet har erhållits.

Anbudsgivarna ska anses vara berörda om de ännu inte har uteslutits definitivt. Ett uteslutande är definitivt om det har meddelats de berörda anbudsgivarna, och antingen har ansetts vara lagligt av ett oberoende prövningsorgan eller inte längre kan bli föremål för ett prövningsförfarande.

Anbudssökandena ska anses vara berörda om den upphandlande enheten inte har lämnat information om avslaget på deras ansökan innan de berörda anbudsgivarna meddelats beslutet om tilldelning av kontraktet.

Meddelandet till de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena om beslutet om tilldelning av kontrakt ska åtföljas av

— den kortfattade redogörelse för skälen till beslutet som föreskrivs i artikel 41.2 i direktiv [2004/18], om inget annat föreskrivs i artikel 41.3 i det direktivet, och

— en exakt angivelse av den period under vilken avtal inte får ingås i enlighet med nationella bestämmelser som införlivar denna punkt.”

5 Enligt artiklarna 1.5 och 2.3 i direktiv 89/665 ska den tiodagarsperiod under vilken avtal inte får ingås genomföras under särskilda omständigheter. I artiklarna 2b–2f i samma direktiv kompletteras det prövningssystem som upprättas i det direktivet och som grundas på att den period iakttas under vilken avtal inte får ingås. Denna föreskrivs i artikel 2a i samma direktiv.

6 Artikel 171.1 i kommissionens delegerade förordning (EU) nr 1268/2012 av den 29 oktober 2012 om tillämpningsföreskrifter för Europaparlamentets och rådets förordning (EU, Euratom) nr 966/2012 om finansiella regler för unionens allmänna budget (EUT L 362, s. 1) har följande lydelse:

”Den upphandlande myndigheten får inte underteckna ett kontrakt eller ramavtal som omfattas av direktiv [2004/18] med den anbudsgivare som valts ut förrän efter en period av 14 kalenderdagar.

Denna period ska räknas från något av följande datum:

a) Från den dag då meddelandena om tilldelning samtidigt sänds till de utvalda anbudsgivarna och de icke utvalda anbudsgivarna.

b) I de fall kontraktet eller ramavtalet tilldelats genom ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling: från den dag meddelandet om tilldelning … offentliggörs i *Europeiska unionens officiella tidning*.

När fax eller elektroniska medel används för meddelandena enligt andra stycket led a ska den period som måste förflyta innan kontraktet får undertecknas vara tio kalenderdagar.

Om så är nödvändigt får den upphandlande myndigheten skjuta upp undertecknandet av kontraktet för ytterligare undersökningar om detta är motiverat på grundval av yrkanden eller anmärkningar från anbudsgivare eller anbudssökande vars anbud eller ansökningar inte antagits och som eventuellt anser sig vara förfördelade, eller på grundval av andra relevanta uppgifter som den upphandlande myndigheten fått del av. Dessa yrkanden, anmärkningar eller andra uppgifter måste inkomma inom den period som anges i första stycket. Om undertecknandet skjuts upp ska samtliga anbudssökande eller anbudsgivare underrättas inom tre dagar räknat från beslutet om att skjuta upp undertecknandet.

…”

Bakgrund till tvisten, förfarandet vid tribunalen och det överklagade beslutet

7 Den 10 augusti 2013 offentliggjorde Europeiska kommissionen en anbudsinfordran i *Europeiska unionens officiella tidning* med referensnumret OIB.DR.2/PO/2013/062/591 angående ett kontrakt om försäkring av egendom och personer. Detta var uppdelat i fyra delar. Del 1 avsåg

försäkringstäckningen – från och med den 1 mars 2014 – av byggnader och deras innehåll. Kontraktet skulle ingås av kommissionen i eget namn och i följande upphandlande myndigheters namn: Europeiska unionens råd, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén, Europeiska unionens regionkommitté, Genomförandeorganet för Europeiska forskningsrådet, Genomförandeorganet för konkurrenskraft och innovation, Genomförandeorganet för forskning, Genomförandeorganet för ”utbildning, audiovisuella medier och kultur” och Genomförandeorganet för innovation och transportnät.

8 Anbudsinfordran hade till syfte att ersätta det vid den tidpunkten gällande kontraktet, vilket hade ingåtts med ett konsortium i vilket Vanbreda var mäklare. Det kontraktet löpte ut den 28 februari 2014.

9 Den 7 september 2013 offentliggjordes en rättelse i tillägget till *Europeiska unionens officiella tidning* (EUT S 174), i vilken tiden för att komma in med anbud förlängdes till den 25 oktober 2013 och dagen för den förrättning vid vilken anbuden offentligen skulle öppnas förlades till den 31 oktober 2013. Under den förrättningen bestyrkte öppningskommittén att den mottagit två anbud för del 1, från dels försäkringsmäklaren Marsh SA (nedan kallad Marsh), dels Vanbreda.

10 Den 30 januari 2014 upplyste kommissionen Marsh om att det tilldelats del 1 och Vanbreda om att dess anbud inte hade valts ut i den delen, eftersom det inte erbjöd det lägsta priset (nedan kallat det omtvistade beslutet). Den skrivelse genom vilken kommissionen sände det omtvistade beslutet till Vanbreda sändes genom DHL och e-postmeddelande.

11 Avtalet om tjänster mellan kommissionen, Marsh och försäkringsgivarna undertecknades den 27 februari 2014 och trädde i kraft den 1 mars 2014.

12 Genom separata handlingar av den 28 mars 2014 inkom Vanbreda till tribunalens kansli med en ansökan med stöd av artikel 263 FEUF om upphävande av det omtvistade beslutet och vidare med en talan om skadestånd med stöd av artiklarna 268 FEUF och 340 FEUF med yrkande om att kommissionen skulle förpliktas att till Vanbreda utge en miljon euro, samt en ansökan om interimistiska åtgärder, i vilken Vanbreda i huvudsak begärde att domaren med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder, med stöd av artikel 105.2 i tribunalens rättegångsregler, skulle förordna om uppskov med verkställigheten av det omtvistade beslutet till dess att det beslut som avslutar det interimistiska förfarandet vid tribunalen hade meddelats, dels förordna om uppskov med verkställigheten av det omtvistade beslutet fram till dess att tribunalen avgjort målet rörande huvudsaken.

13 Den 3 april 2014 förordnade tribunalens ordförande, genom beslut Vanbreda Risk & Benefits/kommissionen (T-199/14 R) om uppskov med verkställigheten av det omtvistade beslutet och av det avtal om tjänster som ingåtts mellan kommissionen, Marsh och den eller de försäkringsgivare som berördes i det avseendet fram till dess att det beslut som avslutar det interimistiska förfarandet hade meddelats. Tribunalens ordförande förordnade vidare att vissa av Vanbreda angivna handlingar skulle inges.

14 Den 8 april 2014 begärde kommissionen att tribunalens ordförande utan dröjsmål, retroaktivt och utan några som helst förbehåll skulle undanröja punkt 1 i slutet i beslut Vanbreda Risk & Benefits/kommissionen (T-199/14 R) av den 3 april 2014. Mot bakgrund av upplysningarna i denna ansökan fattade tribunalens ordförande den 10 april 2014 ett nytt beslut Vanbreda Risk & Benefits/kommissionen (T-199/14 R) och biföll kommissionens ansökan. Kommissionen har den 25 april 2014 inkommit med yttrande över ansökan om interimistiska åtgärder.

15 Tribunalens ordförande beslutade i det överklagade beslutet, av den 4 december 2014, om uppskov med verkställigheten av det omtvistade beslutet. Tribunalens ordförande fann i punkt 136 i det överklagade beslutet att villkoret att den begärda åtgärden omedelbart framstår som befogad (*fumus*

boni juris) var uppfyllt, och i punkterna 142–145 i samma beslut att den åberopade skadan var allvarlig. Mot bakgrund av särdragen hos ansökningar om interimistiska åtgärder i fråga om offentlig upphandling och av att det omedelbart framstod som särskilt befogat (*fumus boni juris*) att vidta åtgärder slog tribunalens ordförande i punkterna 148–165 i det beslutet fast att även villkoret avseende skyndsamhet var uppfyllt trots att en irreparabel skada inte förelåg. Tribunalens ordförande grundade den slutsatsen på bland annat en allmän unionsrättslig princip att ett effektivt interimistiskt skydd ska säkerställas på området för offentlig upphandling. Tribunalens ordförande beskrev inledningsvis den principen i punkterna 16–20 i det överklagade beslutet.

16 Slutet i det överklagade beslutet har följande lydelse:

”1) Verkställigheten av kommissionens [omtvistade beslut] att förkasta det anbud som [Vanbreda] gett in i ett upphandlingsförfarande avseende tilldelning av ett kontrakt om försäkring av egendom och personer och att tilldela ett annat företag detta kontrakt skjuts upp i den del som avser tilldelningen av del 1.

2) Verkningarna av [det ovannämnda beslutet] ska bestå till dess att tiden för överklagande av detta beslut har löpt ut.

3) Frågan om rättegångskostnader anstår.”

Parternas yrkanden

17 Kommissionen har yrkat att domstolen ska

— upphäva punkterna 1 och 2 i det överklagade beslutet.

— ogilla ansökan om interimistiska åtgärder, och

— förplikta Vanbreda att ersätta rättegångskostnaderna, inbegripet kostnaderna i förfarandet vid tribunalen.

18 Vanbreda har yrkat att domstolen ska

— ogilla överklagandet i dess helhet,

— fastställa slutet i det överklagade beslutet och de interimistiska åtgärder som beviljats, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna, inbegripet kostnaderna i förfarandet vid tribunalen.

Prövning av överklagandet

19 Till stöd för överklagandet har kommissionen anfört fyra grunder. Dessa fyra grunder var: Felaktig rättstillämpning vid prövningen av villkoret avseende skyndsamhet vad gäller följderna av att en irreparabel skada inte förelåg, felaktig rättstillämpning vid prövningen av det villkoret med avseende på en påstått allvarlig skada som inte varit Vanbredas, felaktig rättstillämpning vid intresseavvägningen med avseende på de tillämpliga bestämmelserna för att bedöma Vanbredas intresse respektive felaktig rättstillämpning vid den intresseavvägningen, eftersom utomståendes intresse inte beaktades.

Parternas argument

20 I den första grunden har kommissionen i huvudsak gjort gällande att tribunalens ordförande gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när han, med avseende på att det påstods framstå som särskilt faktiskt och rättsligt befogat (*fumus boni juris*) att vidta åtgärder, slog fast att villkoret avseende skyndsamhet var uppfyllt i målet trots att Vanbreda inte hade styrkt att ett avslag på ansökan om interimistiska åtgärder kunde förorsaka en irreparabel skada. Kommissionen har särskilt anfört att direktiv 89/665, som tribunalens ordförande hänvisat till, inte är tillämpligt på Europeiska unionens institutioner och att villkoren för att bevilja uppskov med verkställigheten inte fastställs i det direktivet. Kommissionen har även betonat att enligt domstolens praxis är syftet med ett interimistiskt förfarande att säkerställa att det kommande slutliga avgörandet får full effekt och inte att slutgiltigt avhjälpa en rättsstridighet.

21 Vanbreda har genmält bland annat att mot bakgrund av särdragen hos förfaranden om interimistiska åtgärder i fråga om offentlig upphandling och med beaktande av att rätten till ett effektivt domstolsskydd är mycket viktig på det området enligt artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan), tillämpade tribunalen de bestämmelser som är tillämpliga på ansökningar om interimistiska åtgärder på rätt sätt i det överklagade beslutet.

Domstolens bedömning

22 Enligt artikel 104.2 i tribunalens rättegångsregler ska föremålet för talan, de omständigheter som ställer krav på skyndsamhet och de faktiska och rättsliga grunder på vilka den begärda åtgärden omedelbart framstår som befogad anges i en ansökan om interimistiska åtgärder. Uppskov med verkställigheten och andra interimistiska åtgärder kan således beviljas av domaren med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder, om det fastställs att de vid första påseendet framstår som faktiskt och rättsligt befogade (*fumus boni juris*) och ställer krav på skyndsamhet, på så sätt att åtgärderna – för att undvika att den som ansöker om de interimistiska åtgärderna orsakas allvarlig och irreparabel skada – måste beviljas och ha verkan redan innan målet har avgjorts i sak. Dessa villkor är kumulativa, vilket innebär att en ansökan om interimistiska åtgärder ska avslås om ett av villkoren inte är uppfyllt (beslut SCK och FNK/kommissionen, C-268/96 P(R), EU:C:1996:381, punkt 30).

23 Domstolen finner att resonemanget i det överklagade beslutet, enligt vilket villkoret avseende skyndsamhet var uppfyllt trots att en irreparabel skada inte förelåg, avviker från unionsdomstolens fasta praxis avseende det villkoret och närmare bestämt avseende finansiell skada för en anbudsgivare som inte har valts ut i ett förfarande för offentlig upphandling.

24 Enligt domstolens och tribunalens fasta praxis kan en skada av ekonomisk art inte anses vara irreparabel såvida inte särskilda omständigheter föreligger, eftersom en ekonomisk ersättning i regel kan medföra att den skadelidande åter försätts i den situation som rådde innan skadan uppkom. En sådan skada kan särskilt avhjälpas genom en skadeståndstalan enligt artiklarna 268 FEUF och 340 FEUF (beslut av domstolens vice ordförande kommissionen/Pilkington Group, C-278/13 P(R), EU:C:2013:558, punkt 50 och där angiven rättspraxis, se, i fråga om offentlig upphandling, även beslut av tribunalens vice ordförande Communicaid Group/kommissionen, T-4/13 R, EU:T:2013:121, punkterna 22, 28–30, 33, 34 och 37). Såsom tribunalens ordförande slog fast i punkterna 154 och 156 i det överklagade beslutet, är den skada som åberopats i målet inte irreparabel enligt denna rättspraxis.

25 Eftersom tribunalens ordförande lade en allmän unionsrättslig princip om rätt till ett effektivt rättsmedel i enlighet med artikel 47 i stadgan till grund för slutsatsen att villkoret avseende skyndsamhet var uppfyllt i förevarande fall, ska domstolen pröva huruvida denna princip föreligger och vilken räckvidd den har.

26 Direktiv 89/665, som tribunalens ordförande anfört till stöd för att en sådan princip föreligger, riktar sig till medlemsstaterna och medför således i sig inte några förpliktelser för unionsinstitutionerna.

27 Domstolen har emellertid fastställt att en allmän unionsrättslig princip kan preciseras i ett direktiv (dom Kücükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, punkterna 20 och 21 och där angiven rättspraxis).

28 I direktiv 89/665 preciseras den allmänna principen om rätt till ett effektivt rättsmedel på det särskilda området offentlig upphandling och det är, såsom tribunalens ordförande slog fast i punkt 20 i det överklagade beslutet, med avseende på kontrakt som unionen själv har tilldelat därför nödvändigt att beakta utformningen av denna allmänna princip som kommer till uttryck i det direktivet.

29 I enlighet med rätten till ett effektivt rättsmedel enligt artikel 47 i stadgan har domstolen emellertid, på grundval av direktiv 89/665, slagit fast att ett effektivt domstolsskydd förutsätter att berörda personer underrättas om ett beslut att tilldela ett kontrakt en viss tid innan avtal ingås för att de ska ha en reell möjlighet att begära omprövning, och bland annat kunna begära att interimistiska åtgärder vidtas till dess avtalet ingås (dom Fastweb, C-19/13, EU:C:2014:2194, punkt 60 och där angiven rättspraxis).

30 Under dessa förhållanden gjorde tribunalens ordförande en riktig bedömning när han i punkt 158 i det överklagade beslutet fann att en onyanserad tillämpning av rättspraxis, även fast rättspraxis, som innebär att det i praktiken är omöjligt för en anbudsgivare som inte har valts ut att beviljas uppskov med verkställigheten av ett beslut om tilldelning av ett kontrakt från en unionsinstitution eller ett unionsorgan, eftersom den skada han kan komma att lida är ekonomisk och därför inte är irreparabel, är oförenlig med de krav på ett effektivt interimistiskt skydd som ska säkerställas på området för offentlig upphandling och som genomförts genom direktiv 89/665.

31 Eftersom unionsdomstolen ska beakta ett direktiv i vilket en allmän unionsrättslig princip preciseras, kan den inte bortse från direktivets innehåll, trots att direktivet inte i sig är tillämpligt i det aktuella målet. I den mån det framgår av ett sådant direktiv att unionslagstiftaren har velat uppnå jämvikt mellan de olika intressen som föreligger ska unionsdomstolen närmare bestämt beakta den jämvikten vid tillämpningen av den på så sätt preciserade allmänna principen.

32 I artikel 2.1 i direktiv 89/665 föreskrivs att medlemsstaterna är skyldiga att föreskriva tre slags prövningsförfaranden i den nationella rättsordningen. Dessa ska ge den som lidit skada i samband med ett förfarande för offentlig upphandling möjlighet att hos behörig domstol ansöka om, för det första interimistiska åtgärder ”i syfte att korrigera den påstådda överträdelsen eller förhindra att de berörda intressena skadas ytterligare, inbegripet åtgärder för att skjuta upp eller garantera uppskovet av förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt eller av genomförandet av ett beslut som fattats av den upphandlande myndigheten”, för det andra ogiltigförklaring av rättsstridiga beslut och för det tredje skadestånd.

33 I artikel 2.7 andra stycket i direktiv 89/665 föreskrivs emellertid att ”utom i de fall där ett beslut ska åsidosättas innan skadestånd beviljas, [får medlemsstaterna] föreskriva att efter det att ett avtal ingåtts i enlighet med artikel 1.5, punkt 3 i den här artikeln eller artiklarna 2a–2f ska prövningsorganets befogenheter vara begränsade till beslut om skadestånd till den som lidit skada av överträdelsen”.

34 Domstolen slog i punkterna 62 och 63 i domen Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194) fast att unionslagstiftaren genom direktiv 89/665 har försökt göra en avvägning mellan intressena hos anbudsgivare som inte har valts ut samt intressena hos den upphandlande myndigheten och den anbudsgivare som tilldelats kontraktet, genom att begränsa den rätt att ansöka om interimistiska åtgärder som medlemsstaterna är skyldiga att ge anbudsgivarna under tiden innan avtal ingås. Efter utgången av den tidsperioden är skadeståndstalan enligt artikel 2.1 c i direktiv 89/665 den enda möjlighet som måste vara öppen för dessa anbudsgivare (se, för ett liknande resonemang, även dom Alcatel Austria m.fl., C-81/98, EU:C:1999:534, punkt 37).

35 Medlemsstaternas skyldighet att i den nationella rättsordningen föreskriva en möjlighet – för den som lider skada på grund av ett beslut som fattas efter ett förfarande för offentlig upphandling – att ansöka om interimistiska åtgärder i enlighet med artikel 2.1 i direktiv 89/665 är därför begränsad till tiden mellan det att beslut fattas och avtal ingås.

36 Enligt artiklarna 1.5, 2.3 och 2a–2f i direktiv 89/665 får avtal inte ingås före utgången av den ovannämnda tiodagarsperioden.

37 I punkt 61 i domen Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194) slog domstolen fast att den tiodagarsperiod under vilken avtal inte får ingås syftar till att ge berörda personer möjlighet att begära rättslig prövning av tilldelningsbeslutet innan avtalet ingås.

38 Mot bakgrund av vad ovan anförts gjorde tribunalens ordförande en oriktig bedömning när han i punkt 20 i det överklagade beslutet slog fast att en allmän unionsrättslig princip föreligger som bygger på rätten till ett effektivt domstolsskydd, enligt vilken en anbudsgivare som inte har valts ut inte bara ska ha möjlighet att erhålla skadestånd, utan även ska kunna utverka att interimistiska åtgärder vidtas, utan begränsning till tiden innan den upphandlande myndigheten ingår avtal med den anbudsgivare som tilldelats kontraktet.

39 Eftersom den tiodagarsperiod under vilken avtal inte får ingås enligt direktiv 89/665 löper ut innan avtalet ingås, är det inte möjligt att av det direktivets bestämmelser dra slutsatsen att den omständigheten att den anbudsgivare som inte har valts ut endast får yrka skadestånd vid domstol innebär åsidosättande av en allmän unionsrättslig princip om rätt till ett effektivt rättsmedel. I fråga om kontrakt som tilldelas av upphandlande EU-myndigheter ska samma period under vilken avtal inte får ingås tillämpas enligt artikel 171.1 i förordning nr 1268/2012. Även den perioden är tio kalenderdagar, när elektronisk kommunikationsutrustning används för att meddela beslutet om tilldelning av kontraktet.

40 Domstolen ska mot bakgrund av vad ovan anförts därefter pröva huruvida tribunalens ordförande gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning i sin slutsats i punkt 164 i det överklagade beslutet, nämligen att villkoret avseende skyndsamhet var uppfyllt i målet trots att den skada som åberopats visserligen var allvarlig, men inte irreparabel.

41 Med beaktande av kraven på ett effektivt interimistiskt skydd som ska säkerställas på området för offentlig upphandling finner domstolen, i likhet med tribunalens ordförande i punkt 162 i det överklagade beslutet, att när den anbudsgivare som inte har valts ut visar att det föreligger en rättsstridighet som det framstår som synnerligen faktiskt och rättsligt befogat (*fumus boni juris*) att åtgärda, kan det inte krävas att han styrker att ett avslag på hans ansökan om interimistiska åtgärder skulle innebära att han riskerar att lida irreparabel skada. Annars skulle anbudsgivarens rätt till ett effektivt domstolsskydd enligt artikel 47 i stadgan åsidosättas på ett orimligt och omotiverat sätt.

42 Dessa mildare villkor för att bedöma huruvida en situation som ställer krav på skyndsamhet föreligger motiveras av rätten till ett effektivt rättsmedel. De ska, såsom domstolen har slagit fast ovan i punkt 38, tillämpas endast under tiden innan avtal ingås, under förutsättning att den tiodagarsperiod iakttas under vilken avtal inte får ingås enligt artikel 171.1 i förordning nr 1268/2012. När den upphandlande myndigheten har ingått avtal med den anbudsgivare som tilldelats kontraktet efter det att den perioden har löpt ut och innan ansökan om interimistiska åtgärder lämnas in är de ovannämnda mildare bestämmelserna är inte längre motiverade.

43 Med avseende på tillämpningen av dessa principer på förevarande mål, framgår det av punkt 4 i det överklagade beslutet att kommissionen den 30 januari 2014 upplyste den anbudsgivare som tilldelats kontraktet om att denne tilldelats del 1 och Vanbreda om att dess anbud inte hade valts ut i den delen, eftersom Vanbreda inte erbjöd det lägsta priset. I punkt 5 i beslut meddelat av tribunalens

ordförande den 10 april 2014, Vanbreda Risk & Benefits/kommissionen (T-199/14 R), anges för övrigt att avtalet om tjänster mellan kommissionen, Marsh och försäkringsgivarna undertecknades den 27 februari 2014 och trädde i kraft den 1 mars 2014.

44 Eftersom det omtvistade beslutet meddelades Vanbreda genom en skrivelse av den 30 januari 2014, som sändes på elektronisk väg, var den period under vilken avtal inte får ingås i enlighet med artikel 171.1 i förordning nr 1268/2012 tio dagar, vilket iakttogs i förevarande mål. Enligt den bestämmelsen började den perioden att löpa den 31 januari 2014, det vill säga 28 dagar innan avtalet ingicks.

45 Det framgår för övrigt av punkt 5 i det överklagade beslutet att Vanbreda ingav ansökan om interimistiska åtgärder den 28 mars 2014. Avtalet mellan kommissionen, Marsh och försäkringsgivarna ingicks den 27 februari 2014, det ingicks därmed innan ansökan om interimistiska åtgärder gavs in.

46 Mot denna bakgrund och i enlighet med vad domstolen har slagit fast ovan i punkt 42, är mildare villkor för att bedöma huruvida en situation som ställer krav på skyndsamhet föreligger i princip inte motiverade.

47 Berörda personer har, på grundval av tiodagarsperioden under vilken avtal inte får ingås, möjlighet att begära rättslig prövning av tilldelningsbeslutet innan avtalet ingås endast om de har tillräckliga bevis för att tilldelningsbeslutet eventuellt är rättstridigt.

48 Utan att åsidosätta principen om rätt till ett effektivt rättsmedel, kan det inte anses att tiodagarsperioden under vilken avtal inte får ingås iakttogs när det i realiteten inte förelåg någon möjlighet att inge en ansökan om interimistiska åtgärder innan avtalet ingicks, eftersom den anbudsgivare som inte hade valts ut under den tiden inte hade tillräckliga bevis för att kunna ge in en sådan ansökan.

49 Med hänsyn till rättssäkerhetsprincipen ska detta undantag från en rent mekanisk tillämpning av den tiodagarsperiod under vilken avtal inte får ingås emellertid tillämpas endast i undantagsfall, i vilka den anbudsgivare som inte har valts ut inte haft anledning att tro att beslutet om tilldelning av kontrakt varit rättsstridigt innan avtal ingicks med den anbudsgivare som tilldelats kontraktet.

50 Domstolen ska, mot bakgrund av de faktiska konstateranden som gjordes i det överklagade beslutet, därför pröva huruvida Vanbreda hade tillräckliga bevis för att kunna utnyttja den tiodagarsperiod under vilken avtal inte får ingås och ge in en ansökan om interimistiska åtgärder innan avtalet mellan kommissionen, Marsh och försäkringsgivarna ingicks den 27 februari 2014.

51 För att bedöma huruvida en ny grund kunde tas upp till sakprövning undersökte tribunalens ordförande härvid, i punkterna 38–43 i det överklagade beslutet, de kontakter som ägt rum mellan kommissionen och Vanbreda innan avtalet ingicks. Han fann, i punkt 45 i det överklagade beslutet att Vanbreda efter att ha lämnat in ansökan om interimistiska åtgärder den 28 mars 2014, och således efter det att avtalet ingicks den 27 februari 2014, hade upptäckt att Marsh inte hade ingett sitt anbud för del 1 tillsammans med försäkringsgivarna, utan som ensam anbudsgivare. Tribunalens ordförande fann således att en grund som bygger på den sistnämnda omständigheten kunde prövas i sak, även om den hade framställts efter det att den ursprungliga ansökan gavs in.

52 Det framgår emellertid av de omständigheter som tribunalens ordförande slog fast i det överklagade beslutet att Vanbreda hade skäl att betvivla att det omtvistade beslutet var lagenligt långt innan kommissionen, Marsh och försäkringsgivarna ingick avtalet den 27 februari 2014.

53 Det framgår nämligen av punkt 37 i det överklagade beslutet att Vanbreda redan den 8 november 2013 upplyste kommissionen om att företaget tvivlade på att Marsh anbud var lagenligt, och närmare bestämt på att Marsh iakttog villkoret om solidariskt ansvar som fordras vid anbud från flera

försäkringsgivare. Det framgår för övrigt av punkterna 38–40 i det överklagade beslutet att Vanbreda, i e-postmeddelanden av den 31 januari och den 4 februari 2014 samt i rekommenderade brev av den 3 och 7 februari 2014, upprepade sina tvivel och begärde att kommissionen skulle inkomma med vissa handlingar i det avseendet. I en skrivelse av den 7 februari 2014, som undersöktes i punkt 41 i det överklagade beslutet, uppgav kommissionen för Vanbreda att Marsh hade tilldelats kontraktet för del 1, eftersom det företaget hade lämnat ett anbud som uppfyllde villkoren till det lägsta priset. Det framgår av punkt 43 i det överklagade beslutet att Vanbreda besvarade den skrivelsen den 11 februari 2014 och upprepade sin begäran att de upplysningar och handlingar som hade angetts i tidigare skrivelser skulle vidarebefordras.

54 Det följer således av de konstateranden om faktiska omständigheter som gjordes i det överklagade beslutet att Vanbreda dagarna efter meddelandet om det omtvistade beslutet till företaget och senast den 11 februari 2014, kunde framställa specifik kritik mot det omtvistade beslutet. Den tiodagarsperiod under vilken avtal inte får ingås ska därför anses ha börjat löpa senast den 11 februari 2014, det vill säga 16 kalenderdagar innan avtalet mellan kommissionen, Marsh och försäkringsgivarna ingicks den 27 februari 2014.

55 Vanbreda hade den 11 februari 2014, såsom tribunalens ordförande slog fast, inte kännedom om att Marsh inte hade ingett sitt anbud för del 1 tillsammans med försäkringsgivarna, utan som ensam anbudsgivare. Detta hindrade dock inte Vanbreda från att ge in en ansökan om interimistiska åtgärder inom den tiodagarsperiod under vilken avtal inte får ingås. Såsom angetts ovan i punkt 51, slog tribunalens ordförande i punkt 45 i det överklagade beslutet även fast att Vanbreda fortfarande inte hade kännedom om den omständigheten när det företaget väckte talan om upphävande och gav in ansökan om interimistiska åtgärder till tribunalen den 28 mars 2014.

56 Härav följer att den tiodagarsperiod under vilken avtal inte får ingås enligt artikel 171.1 i förordning nr 1268/2012 iakttogs fullt ut i förevarande mål.

57 Mot bakgrund av vad ovan anförts gjorde tribunalens ordförande visserligen en riktig bedömning när han, med hänsyn till den allmänna unionsrättsliga princip som följer av rätten till ett effektivt rättsmedel och innebär att mildare villkor ska tillämpas på området för offentlig upphandling för att bedöma huruvida en situation som ställer krav på skyndsamhet föreligger, i den meningen att en allvarlig men inte irreparabel skada kan vara tillräcklig för att fastställa skadan när det är styrkt att det är särskilt befogat (*fumus boni juris*) att vidta åtgärder. Tribunalens ordförande gjorde sig emellertid skyldig till felaktig rättstillämpning i det överklagade beslutet när han fann att dessa mildare villkor ska tillämpas utan begränsning i tiden. Dessa mildare villkor för att bedöma huruvida en situation som ställer krav på skyndsamhet föreligger på området för offentlig upphandling ska nämligen tillämpas endast om den anbudsgivare som inte har valts ut ger in en ansökan om interimistiska åtgärder till domaren med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder innan avtalet ingås med den anbudsgivare som tilldelats kontraktet. Den tidsbegränsningen omfattas för övrigt i sin tur av ett dubbelt villkor. För det första ska den period under vilken avtal inte får ingås enligt artikel 171.1 i förordning nr 1268/2012 ha iakttagits innan avtalet ingås och för det andra ska den anbudsgivare som inte har valts ut ha tillräckliga bevis för att kunna utöva rätten att ge in en ansökan om interimistiska åtgärder inom den perioden.

58 I förevarande mål ska de mildare villkoren för att bedöma huruvida en situation som ställer krav på skyndsamhet föreligger på området för offentlig upphandling således inte tillämpas. Det medför att punkterna 1 och 2 i det överklagade beslutet ska upphävas i enlighet med kommissionens yrkanden. Det saknas skäl att pröva de övriga grunderna för överklagandet.

Yrkandet om interimistiska åtgärder.

59 När domstolen upphäver tribunalens dom kan den, i enlighet med artikel 61 första stycket i stadgan för Europeiska unionens domstol, antingen själv slutligt avgöra målet, om detta är färdigt för avgörande, eller återförvisa målet till tribunalen för avgörande. Ovannämnda bestämmelse är även tillämplig på överklagande enligt artikel 57 andra stycket i domstolens stadga (se beslut meddelat av domstolens vice ordförande EDF/kommissionen, C-551/12 P(R), EU:C:2013:157, punkterna 36 och 37 och där angiven rättspraxis).

60 Eftersom målet är färdigt för avgörande, ska domstolen avgöra Vanbredas ansökan om interimistiska åtgärder.

61 De skäl som ovan angetts för upphävande av det överklagade beslutet, motiverar även att ansökan om interimistiska åtgärder avslås.

62 I enlighet med vad domstolen har slagit fast ovan i punkt 38, ska en anbudsgivare som förfördelas i ett förfarande för offentlig upphandling på unionsnivå ha möjlighet att utverka att interimistiska åtgärder vidtas innan den anbudsgivare som tilldelats kontraktet och den upphandlande myndigheten ingår avtal. Den möjligheten ska inte vara beroende av att anbudsgivaren inte har möjlighet att styrka att en irreparabel skada föreligger för att uppfylla villkoret för att en situation som ställer krav på skyndsamhet föreligger. Såsom domstolen har angett ovan i punkt 42, finns det, sedan det avtalet har ingåtts och när den tiodagarsperiod har iakttagits under vilken avtal inte får ingås, däremot inte anledning att tillämpa mildare villkor för att bedöma huruvida en situation som ställer krav på skyndsamhet föreligger, även om det är styrkt att en rättsstridighet föreligger som det framstår som särskilt befogat (*fumus boni juris*) att åtgärda.

63 I enlighet med vad domstolen slagit fast ovan i punkt 56, iakttogs den tiodagarsperiod under vilken avtal inte får ingås i förevarande mål innan kommissionen ingick avtalet med Marsh och försäkringsgivarna.

64 Det aktuella avtalet ingicks den 27 februari 2014, i god tid innan Vanbreda väckte talan om upphävande och gav in ansökan om interimistiska åtgärder till tribunalen den 28 mars 2014.

65 Mot den bakgrunden finner domstolen, i enlighet med den rättspraxis som citerats ovan i punkt 24, att skada av ekonomisk art och tillhörande ideell skada som Vanbreda har åberopat i målet, inte utgör en irreparabel skada och att villkoret för att bedöma huruvida en situation som ställer krav på skyndsamhet föreligger därför inte är uppfyllt.

66 Det följer av den rättspraxis som domstolen erinrat om ovan i punkt 22 att villkoren för att en åtgärd vid första påseendet framstår som befogad (*fumus boni juris*) och för att bedöma huruvida en situation som ställer krav på skyndsamhet föreligger är kumulativa.

67 Ansökan om interimistiska åtgärder ska således avslås. Det saknas skäl att pröva huruvida åtgärden vid första påseendet framstår som befogad (*fumus boni juris*) och att göra en intresseavvägning.

Rättegångskostnader

68 Enligt artikel 184.2 i domstolens rättegångsregler ska domstolen besluta om rättegångskostnaderna när överklagandet bifalls och domstolen avgör målet slutligt.

69 Enligt artikel 138.1 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 184.1 i rättegångsreglerna ska tillämpas i mål om överklagande, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna om detta har yrkats.

70 Vanbreda har tappat målet om överklagande och kommissionen har yrkat att Vanbreda ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Vanbreda ska därför ersätta rättegångskostnaderna i detta mål.

Mot denna bakgrund beslutar domstolens vice ordförande följande:

1) Punkterna 1 och 2 i slutet i det beslut som meddelades av tribunalens ordförande i målet Vanbreda Risk & Benefits/ kommissionen (T-199/14 R, EU:T:2014:1024) upphävs.

2) Ansökan om interimistiska åtgärder avslås.

3) Vanbreda Risk & Benefits ska ersätta rättegångskostnaderna i målet om överklagande.

Underskrifter