



Jurisprudentie

BESCHIKKING VAN DE VICEPRESIDENT VAN HET HOF

22 november 2022*

„Hogere voorziening – Kort geding – Overheidsopdracht – Aanbestedingsprocedure – Verzoek tot opschorting van uitvoering – Spoedeisendheid – Criteria voor beoordeling van de voorwaarde inzake spoedeisendheid – Precontractuele periode – Wachtermijn”

In zaak C-478/22 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 17 juli 2022,

Telefónica de España SA, gevestigd te Madrid (Spanje), vertegenwoordigd door J. Blanco Carol, F. E. González-Díaz, abogados, en P. Stuart, barrister,

rekwirante,

andere partij in de procedure:

Europese Commissie, vertegenwoordigd door L. André en M. Ilkova als gemachtigden,

verweerster in eerste aanleg,

geeft

DE VICEPRESIDENT VAN HET HOF,

advocaat-generaal M. Szpunar gehoord,

de navolgende

Beschikking

- 1 Met haar hogere voorziening vordert Telefónica de España SA vernietiging van de beschikking van de president van het Gerecht van de Europese Unie van 14 juli 2022, Telefónica de España/Commissie (T-170/22 R, niet gepubliceerd, EU:T:2022:460; hierna: „bestreden beschikking”), tot afwijzing van haar verzoek om, ten eerste, de uitvoering op te schorten van het besluit van de Europese Commissie van 21 januari 2022 betreffende aanbesteding DIGIT/A 3/PR/2019/010 „Beveiligde trans-Europese diensten voor telematica tussen overheidsdiensten (TESTA)”, waarbij zij ervan op de hoogte is gebracht dat haar offerte voor de

* Procestaal: Engels.

openbare aanbesteding niet in aanmerking was genomen en dat spoedig een overeenkomst met de geselecteerde inschrijver zou worden ondertekend (hierna: „litigieus besluit”), en, ten tweede, de Commissie te gelasten de ondertekening van deze overeenkomst op te schorten.

Toepasselijke bepalingen

Richtlijn 89/665

- 2 Artikel 2 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 1989, L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 (PB 2014, L 94, blz. 1) (hierna: „richtlijn 89/665”), bepaalt in lid 7:

„Behalve de gevallen waarin de artikelen 2 quinquies tot en met 2 septies voorzien, worden de gevolgen van de uitoefening van de in lid 1 van dit artikel bedoelde bevoegdheden voor een na de gunning van een opdracht gesloten overeenkomst, door het nationale recht bepaald.

Voorts mag, behalve in gevallen waarin een besluit moet worden nietig verklaard voordat schadevergoeding wordt toegekend, een lidstaat bepalen dat na de overeenkomstig [...] 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.”

- 3 In artikel 2 bis, lid 2, van deze richtlijn staat te lezen:

„Het sluiten van de overeenkomst volgende op het besluit tot gunning van een [...] opdracht kan niet geschieden vóór het verstrijken van een termijn van ten minste 10 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 10 kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum waarop het besluit tot gunning van de opdracht is ontvangen.

[...]”

Verordening 2018/1046

- 4 Artikel 175, leden 2 en 3, van verordening (EU, Euratom) 2018/1046 van het Europees Parlement en de Raad van 18 juli 2018 tot vaststelling van de financiële regels van toepassing op de algemene begroting van de Unie, tot wijziging van verordeningen (EU) nr. 1296/2013, (EU) nr. 1301/2013,

(EU) nr. 1303/2013, (EU) nr. 1304/2013, (EU) nr. 1309/2013, (EU) nr. 1316/2013, (EU) nr. 223/2014, (EU) nr. 283/2014 en besluit nr. 541/2014/EU en tot intrekking van verordening (EU, Euratom) nr. 966/2012 (PB 2018, L 193, blz. 1), bepaalt:

„2. Onder voorbehoud van de uitzonderingen en voorwaarden die zijn vastgesteld in bijlage I bij deze verordening, wordt [...] de overeenkomst of de raamovereenkomst met de geselecteerde inschrijver pas door de aanbestedende dienst ondertekend wanneer een wachttermijn is verstreken.

3. Bij gebruik van elektronische communicatiemiddelen bedraagt de wachttermijn tien dagen, en vijftien dagen bij gebruik van andere middelen.”

Voorgeschiedenis van het geding

- 5 De voorgeschiedenis van het geding is uiteengezet in de punten 2 tot en met 9 van de bestreden beschikking en kan ten behoeve van de onderhavige procedure als volgt worden samengevat.
- 6 Op 23 mei 2019 heeft de Europese Commissie bij een aankondiging van een overheidsopdracht die is bekendgemaakt in het *Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie* (PB 2019/S 099-238502), aanbesteding DIGIT/A 3/PR/2019/010 uitgeschreven.
- 7 Op 22 juli 2020 heeft een consortium dat bestond uit rekwirante en twee andere marktdeelnemers in het kader van deze aanbestedingsprocedure een offerte ingediend.
- 8 Op 18 januari 2022 heeft de Commissie het gunningsbesluit overeenkomstig de aanbevelingen van het evaluatiecomité vastgesteld.
- 9 Bij brief van 21 januari 2022 heeft de Commissie het litigieuze besluit ter kennis gebracht van rekwirante. In dit besluit heeft zij rekwirante onder meer laten weten dat de wachttermijn van tien dagen waarin artikel 175 van verordening 2018/1046 voorziet en tijdens welke de aanbestedende dienst de overeenkomst nog niet met de geselecteerde inschrijver mag sluiten (hierna: „wachttermijn”) zou ingaan op de dag na de verzending van de genoemde brief en dat zij zich, indien verzoeken tot opschorting of opmerkingen over die brief het rechtvaardigden, het recht voorbehield om de ondertekening van de raamovereenkomst op te schorten teneinde deze verzoeken en opmerkingen grondiger te onderzoeken. De Commissie heeft in dit besluit ook gepreciseerd dat er geen opmerkingen over de aanbestedingsprocedure mochten worden ingediend die als doel of tot gevolg hadden dat de wachttermijn werd opgeschort of verlengd.
- 10 Op 31 januari 2022 heeft rekwirante bij de Commissie opmerkingen ingediend, waarin zij wees op een aantal vergissingen die de Commissie bij de evaluatie van de offertes zou hebben gemaakt.
- 11 Op 1 februari 2022 heeft de Commissie alle inschrijvers laten weten dat zij, gelet op de opmerkingen van rekwirante, de ondertekening van de raamovereenkomst opschortte in afwachting van de resultaten van een aanvullend onderzoek. Op 21 maart 2022 heeft de Commissie rekwirante meegedeeld dat zij dat onderzoek had voltooid, dat zij twee vergissingen had vastgesteld in de technische evaluatie van de offerte van het consortium waar Telefónica de España deel van uitmaakt maar dat de ordonnateur het initiële gunningsbesluit had bevestigd.

Procedure bij het Gerecht en bestreden beschikking

- 12 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 31 maart 2022, heeft rekwirante beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit ingesteld.
- 13 Bij afzonderlijke akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op dezelfde dag, heeft rekwirante een verzoek in kort geding ingediend waarbij zij vroeg om, ten eerste, de uitvoering van het litigieuze besluit op te schorten en, ten tweede, de Commissie te gelasten de ondertekening van een overeenkomst met de geselecteerde inschrijver in het kader van aanbesteding DIGIT/A 3/PR/2019/010 op te schorten.
- 14 Bij de bestreden beschikking heeft de president van het Gerecht dit verzoek afgewezen.
- 15 In deze beschikking heeft de president van het Gerecht eerst onderzocht of aan de voorwaarde inzake spoedeisendheid was voldaan.
- 16 In de eerste plaats heeft hij bepaald op basis van welke criteria deze voorwaarde moest worden beoordeeld.
- 17 Dienaangaande heeft hij er in punt 27 van de bestreden beschikking eerst en vooral aan herinnerd dat op het gebied van overheidsopdrachten het enkele bewijs van de ernst van de schade die zou worden geleden indien de uitvoering van het litigieuze besluit niet werd opgeschort, kan volstaan opdat is voldaan aan de voorwaarde inzake spoedeisendheid, mits er een voldoende ernstige *fumus boni juris* is. In punt 28 van deze beschikking heeft hij er echter op gewezen dat de criteria voor beoordeling van de voorwaarde inzake spoedeisendheid in de precontractuele fase enkel kunnen worden versoepeld indien de wachttermijn in acht is genomen.
- 18 Vervolgens heeft hij in punt 29 van de bestreden beschikking vastgesteld dat rekwirante in casu haar verzoek in kort geding had ingediend na het verstrijken van de wachttermijn, en heeft daar in punt 30 van deze beschikking de conclusie aan verbonden dat er geen reden was om de criteria voor beoordeling van de voorwaarde inzake spoedeisendheid te versoepelen.
- 19 Ten slotte heeft hij in de punten 31 tot en met 38 van deze beschikking geoordeeld dat rekwirante vanaf het begin van de wachttermijn beschikte over de gegevens die zij nodig had om een verzoek in kort geding in te dienen, zonder welke de wachttermijn niet louter mechanisch mocht worden toegepast, en bevestigd dat de criteria voor beoordeling van de voorwaarde inzake spoedeisendheid niet konden worden versoepeld.
- 20 In de tweede plaats heeft de president van het Gerecht in de punten 39 tot en met 81 van de bestreden beschikking de door rekwirante aangevoerde schadeposten onderzocht en geoordeeld dat zij weliswaar had aangetoond dat zij het risico liep ernstige schade te lijden, maar niet had bewezen dat die schade onherstelbaar was.
- 21 Gelet op het voorgaande heeft de president van het Gerecht in punt 82 van deze beschikking geoordeeld dat rekwirante niet had aangetoond dat aan de voorwaarde inzake spoedeisendheid was voldaan, zodat het verzoek in kort geding moest worden afgewezen, zonder dat het nodig was om zich uit te spreken over het bestaan van een *fumus boni juris* of om de belangen tegen elkaar af te wegen.

Conclusies van partijen

- 22 Rekwirante verzoekt het Hof:
- de bestreden beschikking te vernietigen;
 - definitief te beslissen op het verzoek in kort geding of, subsidiair, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht, en
 - de Commissie te verwijzen in de kosten van de procedure in hogere voorziening.
- 23 De Commissie verzoekt het Hof:
- de hogere voorziening af te wijzen;
 - definitief te beslissen op het verzoek in kort geding of, subsidiair, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht, en
 - rekwirante te verwijzen in de kosten.

Procedure bij het Hof

- 24 Bij beschikking van 22 juli 2022, Telefónica de España/Commissie [C-478/22 P(R)-R, niet gepubliceerd, EU:C:2022:598], gegeven op grond van artikel 160, lid 7, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, heeft de vicepresident van het Hof de Commissie gelast om in het kader van aanbestedingsprocedure DIGIT/A 3/PR/2019/010 te wachten met het ondertekenen van een overeenkomst tot aan ofwel de beschikking waarbij de kortgedingprocedure wordt beëindigd, ofwel de beschikking waarbij uitspraak wordt gedaan over de onderhavige hogere voorziening, naargelang welke van beide het eerst wordt vastgesteld.
- 25 Daarnaast is, bij beschikking van de president van het Hof van 7 september 2022, Telefónica de España/Commissie [C-478/22 P(R)-R, niet gepubliceerd, EU:C:2022:676], BT Global Services Belgium BV in zaak C-478/22 P(R)-R toegelaten tot interventie aan de zijde van de Commissie.

Hogere voorziening

Argumenten

- 26 Rekwirante voert ter ondersteuning van haar hogere voorziening twee middelen aan die zijn gebaseerd op, ten eerste, een onjuiste rechtsopvatting en schending van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie wat de beoordeling van de voorwaarde inzake spoedeisendheid op het gebied van overheidsopdrachten betreft, en, ten tweede, een onjuiste rechtsopvatting bij de beoordeling van het onherstelbare karakter van de schade.
- 27 In het eerste onderdeel van haar eerste middel betoogt rekwirante dat de president van het Gerecht in punt 30 van de bestreden beschikking ten onrechte heeft geoordeeld dat de criteria voor beoordeling van de voorwaarde inzake spoedeisendheid, neergelegd in de beschikking van

de vicepresident van het Hof van 23 april 2015, Commissie/Vanbreda Risk & Benefits [C-35/15 P(R), EU:C:2015:275], enkel kunnen worden versoepeld ten aanzien van beroepen die voor het verstrijken van de wachtermijn zijn ingesteld.

- 28 Zij stelt dat de criteria voor beoordeling van de voorwaarde inzake spoedeisendheid moeten worden versoepeld gedurende de gehele periode die aan het sluiten van de overeenkomst met de geselecteerde inschrijver voorafgaat, teneinde de waarborg van een doeltreffende rechterlijke bescherming in overeenstemming te brengen met het rechtszekerheidsbeginsel. Die oplossing blijkt volgens haar duidelijk uit de beschikking van de vicepresident van het Hof van 23 april 2015, Commissie/Vanbreda Risk & Benefits [C-35/15 P(R), EU:C:2015:275], waarin wordt verwezen naar de „precontractuele fase” en waarin wordt gepreciseerd dat de criteria voor beoordeling van de voorwaarde inzake spoedeisendheid niet meer worden versoepeld wanneer de aanbestedende dienst de overeenkomst met de geselecteerde inschrijver heeft gesloten.
- 29 Het verstrijken van de wachtermijn verhindert bijgevolg niet dat de criteria voor beoordeling van de voorwaarde inzake spoedeisendheid worden versoepeld. Het is enkel indien de overeenkomst is gesloten en de wachtermijn in acht is genomen dat die criteria niet meer kunnen worden versoepeld ten behoeve van de afgewezen inschrijver. De verplichting om een wachtermijn in acht te nemen is dus geen mechanisme om het recht van de afgewezen inschrijvers op een doeltreffende voorziening in rechte te beperken, maar een aanvullend procedureel voorschrift in hun voordeel.
- 30 De criteria voor beoordeling van de voorwaarde inzake spoedeisendheid moeten dus worden versoepeld wanneer de aanbestedende dienst, zoals in casu, heeft beslist om de sluiting van de overeenkomst uit te stellen, met name omdat hij de toewijzing van een overheidsopdracht wil heroverwegen in het licht van opmerkingen van een afgewezen inschrijver.
- 31 In antwoord hierop betoogt de Commissie in de eerste plaats dat het eerste onderdeel van het eerste middel niet ontvankelijk is voor zover het berust op argumenten die niet zijn aangevoerd in eerste aanleg. Rekwirante heeft zich in haar verzoek in kort geding immers beroepen op ernstige en onherstelbare schade en heeft de rechtspraak met betrekking tot de versoepeling van de criteria voor beoordeling van de voorwaarde inzake spoedeisendheid op het gebied van overheidsopdrachten enkel aangehaald, zonder te verzoeken dat deze wordt toegepast. Verder heeft zij niet gesteld dat de schade voldoende ernstig is om spoedeisendheid aan te tonen noch melding gemaakt van een bijzonder ernstige *fumus boni juris*.
- 32 In de tweede plaats betoogt de Commissie dat het eerste onderdeel van het eerste middel niet ter zake dienend is. Zij voert aan dat de versoepeling van de criteria voor beoordeling van de voorwaarde inzake spoedeisendheid, neergelegd in de beschikking van de vicepresident van het Hof van 23 april 2015, Commissie/Vanbreda Risk & Benefits [C-35/15 P(R), EU:C:2015:275], afhankelijk is van het bestaan van een bijzonder ernstige *fumus boni juris* en dat in casu niet aan dit vereiste is voldaan. Gesteld al dat de criteria voor beoordeling van de voorwaarde inzake spoedeisendheid kunnen worden versoepeld gedurende de gehele precontractuele periode, dan nog volgt daar dus niet uit dat in casu aan de voorwaarde inzake spoedeisendheid was voldaan.
- 33 In de derde plaats is het eerste onderdeel van het eerste middel in ieder geval ongegrond.

- 34 Zo heeft het Hof in de beschikking van de vicepresident van het Hof van 23 april 2015, Commissie/Vanbreda Risk & Benefits [C-35/15 P(R), EU:C:2015:275], geen ruime uitzondering op de voorwaarde inzake spoedeisendheid willen invoeren, maar heeft het de draagwijdte van de uitzondering waarin het Gerecht op het gebied van overheidsopdrachten voorziet, willen beperken.
- 35 In dat opzicht rechtvaardigt de afweging van de belangen van alle betrokken partijen dat deze uitzondering enkel geldt voor beroepen die tijdens de wachttermijn zijn ingesteld. De aanbestedende dienst en de geselecteerde inschrijver hebben immers recht op rechtszekerheid en op bescherming van hun rechtmatig belang om de overeenkomst snel te sluiten, zoals wordt bevestigd door de rechtspraak van zowel het Hof als het Gerecht. Verder volgt uit het arrest van 11 september 2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194), en uit de beschikking van de vicepresident van het Hof van 1 december 2021, Inivos en Inivos/Commissie [C-471/21 P(R), EU:C:2021:984], dat de wachttermijn het mogelijk moet maken om de toewijzing van een overheidsopdracht in rechte aan te vechten vooraleer de overeenkomst wordt gesloten.
- 36 Overigens komen de argumenten van rekwirante erop neer dat één partij, namelijk de aanbestedende dienst, vrij kan beslissen over de termijn waarbinnen om voorlopige maatregelen kan worden verzocht, wat zich niet verdraagt met het gegeven dat de beroepstermijnen van openbare orde zijn. Die oplossing is tevens in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel aangezien zij het voor de aanbestedende dienst en de geselecteerde inschrijver onmogelijk maakt om te bepalen op welke datum de criteria voor beoordeling van de voorwaarde inzake de spoedeisendheid van de zaak niet langer kunnen worden versoepeld.
- 37 Aangezien het verzoek in kort geding is ingediend na het verstrijken van de wachttermijn heeft de president van het Gerecht dan ook terecht geoordeeld dat het aan Telefónica de España was om het bewijs van ernstige en onherstelbare schade te leveren.

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het eerste onderdeel van het eerste middel

- 38 Aangezien het toezicht van het Hof in het kader van de hogere voorziening beperkt is tot de toetsing van de rechtsbeslissing die is gegeven ten aanzien van de middelen en argumenten die voor de rechter in eerste aanleg zijn behandeld, kan een partij volgens vaste rechtspraak van het Hof middelen of argumenten die zij niet voor het Gerecht heeft aangevoerd niet voor het eerst voor het Hof aanvoeren [beschikking van de vicepresident van het Hof van 24 mei 2022, Puigdemont i Casamajó e.a./Parlement en Spanje, C-629/21 P(R), EU:C:2022:413, punt 73 en aldaar aangehaalde rechtspraak]. Een rekwirant mag evenwel een hogere voorziening instellen waarbij hij voor het Hof middelen aanvoert die uit de bestreden beslissing van het Gerecht voortvloeien en ertoe strekken de gegrondheid van die beslissing in rechte te betwisten (zie in die zin arrest van 4 maart 2021, Commissie/Fútbol Club Barcelona, C-362/19 P, EU:C:2021:169, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 39 In casu moet worden opgemerkt dat Telefónica de España in het verzoek in kort geding heeft geprobeerd om aan te tonen dat de schade die zij aanvoerde niet enkel ernstig maar ook onherstelbaar was, hoewel zij dat niet hoeft aan te tonen om te bewijzen dat voldaan is aan de

voorwaarde inzake spoedeisendheid wanneer de criteria voor beoordeling van die voorwaarde moeten worden versoepeld overeenkomstig de beschikking van de vicepresident van het Hof van 23 april 2015, Commissie/Vanbreda Risk & Benefits [C-35/15 P(R), EU:C:2015:275].

- 40 Er moet evenwel worden benadrukt dat de president van het Gerecht, om te kunnen beoordelen of aan die voorwaarde was voldaan, noodzakelijkerwijs moest bepalen op basis van welke criteria die beoordeling moet worden gemaakt.
- 41 Aangezien het verzoek in kort geding betrekking had op een besluit inzake het plaatsen van overheidsopdrachten stond het aan de president van het Gerecht om te bepalen, zoals hij overigens in de punten 25 tot en met 38 van de bestreden beschikking heeft gedaan, of hij de voorwaarde inzake spoedeisendheid enkel moest beoordelen op basis van de criteria inzake het risico van ernstige en onherstelbare schade, die in de kortgedingprocedure algemeen gelden, dan wel of hij integendeel de alternatieve criteria moest toepassen die voortvloeien uit de beschikking van de vicepresident van het Hof van 23 april 2015, Commissie/Vanbreda Risk & Benefits [C-35/15 P(R), EU:C:2015:275], te weten dat er sprake is van een bijzonder ernstige fumus boni juris en een risico op ernstige schade.
- 42 Zonder dat hoeft te worden vastgesteld of de verwijzing naar die alternatieve criteria in het verzoek in kort geding betekent dat Telefónica de España zich daarop wil beroepen, blijkt bijgevolg dat rekwirante ter ondersteuning van haar hogere voorziening in ieder geval terecht aanvoert dat de president van het Gerecht blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting aangaande de criteria op basis waarvan moest worden beoordeeld of aan de voorwaarde inzake spoedeisendheid was voldaan.
- 43 Bijgevolg moet het betoog van de Commissie dat het eerste onderdeel van het eerste middel niet ontvankelijk is, worden afgewezen.

Gegrontheid van het eerste onderdeel van het eerste middel

- 44 Om te beginnen moet eraan worden herinnerd dat artikel 156, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht bepaalt dat verzoeken in kort geding een duidelijke omschrijving moeten bevatten van het voorwerp van het geschil en van de omstandigheden waaruit het spoedeisende karakter van het verzoek blijkt, alsmede de middelen, zowel feitelijk als rechtens, op grond waarvan de voorlopige maatregel waartoe wordt geconcludeerd, aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomt. Volgens vaste rechtspraak van het Hof kunnen de opschorting van de uitvoering en de andere voorlopige maatregelen dus door de kortgedingrechter 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 een ernstige en onherstelbare aantasting van de belangen van de verzoeker noodzakelijk is dat zij reeds vóór de beslissing op het beroep ten gronde worden gelast en effect sorteren. Deze voorwaarden zijn cumulatief, zodat een verzoek om voorlopige maatregelen moet worden afgewezen wanneer aan een van deze voorwaarden niet is voldaan. De kortgedingrechter weegt in voorkomend geval ook de betrokken belangen tegen elkaar af [beschikking van de vicepresident van het Hof van 16 september 2022, OT/Raad, C-526/22 P(R), niet gepubliceerd, EU:C:2022:701, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak].
- 45 Volgens de rechtspraak van het Hof, en zoals de president van het Gerecht in essentie heeft opgemerkt in punt 24 van de bestreden beschikking, is het doel van de kortgedingprocedure meer bepaald om de volle werking van de toekomstige beslissing ten gronde te waarborgen,

teneinde een leemte in de door de Unierechter verzekerde rechterlijke bescherming te voorkomen. Om dit doel te bereiken, moet de spoedeisendheid worden beoordeeld, dat wil zeggen worden nagegaan of een voorlopige beslissing noodzakelijk is om te voorkomen dat de partij die om voorlopige bescherming verzoekt ernstige en onherstelbare schade lijdt. Het is aan deze partij om het bewijs te leveren dat zij dergelijke schade zal lijden indien zij de uitkomst van de procedure ten gronde moet afwachten. Om het bestaan van deze schade aan te tonen hoeft niet met absolute zekerheid te worden bewezen dat de schade zal optreden en imminent is, maar is het voldoende dat deze met een toereikende mate van waarschijnlijkheid voorzienbaar is. De partij die om een voorlopige maatregel verzoekt, blijft er evenwel toe gehouden de feiten te bewijzen die ten grondslag liggen aan haar verwachting dergelijke schade te zullen lijden [beschikking van de vicepresident van het Hof van 16 september 2022, OT/Raad, C-526/22 P(R), niet gepubliceerd, EU:C:2022:701, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

- 46 Het Hof heeft echter geoordeeld dat om bij een verzoek in kort geding betreffende een opdracht die door de Unie wordt gegund uitspraak te doen over de voorwaarde inzake spoedeisendheid, rekening moet worden gehouden met het algemene beginsel van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte op het gebied van overheidsopdrachten zoals dat tot uitdrukking komt in de bepalingen van richtlijn 89/665 [zie in die zin beschikkingen van de vicepresident van het Hof van 23 april 2015, Commissie/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, punt 28, en 1 december 2021, Inivos en Inivos/Commissie, C-471/21 P(R), EU:C:2021:984, punt 69].
- 47 Aangezien uit de bepalingen van die richtlijn volgt dat een doeltreffende rechterlijke bescherming vereist dat de afgewezen inschrijvers over een daadwerkelijke mogelijkheid beschikken om beroep in te stellen, en met name een verzoek om voorlopige maatregelen kunnen indienen, brengt het algemene beginsel van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, dat in die richtlijn is geconcretiseerd, zoals de president van het Gerecht in punt 26 van de bestreden beschikking heeft opgemerkt, met zich mee dat wanneer de afgewezen inschrijver erin slaagt een bijzonder ernstige *fumus boni juris* aan te tonen, niet van hem mag worden verlangd dat hij, om aan te tonen dat is voldaan aan de voorwaarde inzake spoedeisendheid, bewijst dat hij mogelijkerwijs onherstelbare schade zal lijden ingeval zijn verzoek in kort geding wordt afgewezen [zie in die zin beschikkingen van de vicepresident van het Hof van 23 april 2015, Commissie/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, punten 29 en 41, en 1 december 2021, Inivos en Inivos/Commissie, C-471/21 P(R), EU:C:2021:984, punten 65 en 70].
- 48 Wanneer de Unierechter rekening houdt met de bepalingen van een richtlijn waarin een algemeen Unierechtelijk beginsel wordt geconcretiseerd, kan hij de inhoud van deze bepalingen evenwel niet buiten beschouwing laten, ook al zijn ze als zodanig niet van toepassing in het concrete geval. 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 [zie in die zin beschikkingen van de vicepresident van het Hof van 23 april 2015, Commissie/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, punt 31, en 1 december 2021, Inivos en Inivos/Commissie, C-471/21 P(R), EU:C:2021:984, punt 71].
- 49 In dat verband is artikel 2, lid 7, tweede alinea, van richtlijn 89/665 van bijzonder belang om te bepalen in hoeverre de criteria voor beoordeling van de in punt 47 van deze verordening bedoelde voorwaarde inzake spoedeisendheid worden versoepeld [zie in die zin beschikkingen

van de vicepresident van het Hof van 23 april 2015, Commissie/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, punt 33, en 1 december 2021, Inivos en Inivos/Commissie, C-471/21 P(R), EU:C:2021:984, punt 72].

- 50 Volgens dat voorschrift mag een lidstaat bepalen dat na de met name overeenkomstig artikel 2 bis van deze richtlijn 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.
- 51 Deze bepaling heeft twee consequenties voor de rechter bij wie een verzoek in kort geding betreffende een door de Unie gegunde opdracht aanhangig is.
- 52 Ten eerste volgt in het algemeen uit vaste rechtspraak van het Hof dat de afgewezen inschrijver, binnen het door artikel 2 van richtlijn 89/665 bepaalde kader, tot aan het sluiten van de overeenkomst moet beschikken over een effectieve mogelijkheid om een verzoek om voorlopige maatregelen in te dienen (zie in die zin arresten van 24 juni 2004, Commissie/Oostenrijk, C-212/02, niet gepubliceerd, EU:C:2004:386, punt 23, en 3 april 2008, Commissie/Spanje, C-444/06, EU:C:2008:190, punt 39), en blijkt daarnaast dat de Uniewetgever in artikel 2, lid 7, tweede alinea, van deze richtlijn een onderscheid heeft gemaakt tussen de periode vóór de sluiting van de overeenkomst, tijdens welke de afgewezen inschrijver moet beschikken over een daadwerkelijke mogelijkheid om onder meer voorlopige maatregelen te verkrijgen, en de periode ná de sluiting van de overeenkomst, waarin de bevoegdheden van de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie kunnen worden beperkt tot het toekennen van schadevergoeding (zie in die zin arrest van 28 oktober 1999, Alcatel Austria e.a., C-81/98, EU:C:1999:534, punt 37).
- 53 Als de kortgedingrechter rekening houdt met artikel 2, lid 7, tweede alinea, van deze richtlijn worden de criteria voor beoordeling van de voorwaarde inzake spoedeisendheid dus enkel versoepeld voor verzoeken om voorlopige maatregelen die zijn ingediend in de precontractuele fase [zie in die zin beschikking van de vicepresident van het Hof van 23 april 2015, Commissie/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, punt 38].
- 54 Aldus moeten de criteria voor beoordeling van de voorwaarde inzake spoedeisendheid gedurende de gehele periode vóór de sluiting van de overeenkomst worden versoepeld, teneinde ervoor te zorgen dat het verkrijgen van voorlopige maatregelen niet praktisch onmogelijk is [zie in die zin beschikking van de vicepresident van het Hof van 23 april 2015, Commissie/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, punt 30]. In de periode na de sluiting van de overeenkomst kan de rechterlijke bescherming van de afgewezen inschrijver daarentegen zodanig worden beperkt dat die versoepeling van de criteria in kwestie in principe niet meer voor hem geldt.
- 55 Deze beperking in de tijd van de versoepeling van de criteria voor beoordeling van de voorwaarde inzake spoedeisendheid biedt de mogelijkheid om de belangen van de afgewezen inschrijver te verzoenen met die van de aanbestedende dienst en die van de geselecteerde inschrijver [zie in die zin beschikking van de vicepresident van het Hof van 23 april 2015, Commissie/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, punt 34], voor zover er door het sluiten van de overeenkomst tussen de aanbestedende dienst en de geselecteerde inschrijver wederzijdse verbintenissen ontstaan die verantwoordelijk dat zij overeenkomstig het rechtszekerheidsbeginsel beter worden beschermd tegen betwistingen van de overeenkomst door derden.

- 56 Ten tweede volgt uit artikel 2, lid 7, van richtlijn 89/665 dat de bevoegdheden van de instantie die verantwoordelijk is voor de in deze bepaling bedoelde procedures na de sluiting van de overeenkomst kunnen worden beperkt voor zover de overeenkomst is gesloten overeenkomstig artikel 2 bis van deze richtlijn, namelijk na het verstrijken van een wachttermijn.
- 57 Net als de opschortende termijn waarin artikel 2 bis van richtlijn 89/665 voorziet is de in artikel 175 van verordening 2018/1046 vermelde wachttermijn bedoeld om te voorkomen dat de aanbestedende dienst en de geselecteerde inschrijver, die de gevolgen van het gunningsbesluit onomkeerbaar willen maken, de overeenkomst zeer snel sluiten en daardoor de rechterlijke bescherming van de afgewezen inschrijver ernstig ondermijnen (zie naar analogie arrest van 14 juli 2022, EPIC Financial Consulting, C-274/21 en C-275/21, EU:C:2022:565, punt 63).
- 58 De wachttermijn is dus niet bedoeld om de rechterlijke bescherming van de afgewezen inschrijver te beperken teneinde de belangen van de aanbestedende dienst en de geselecteerde inschrijver te vrijwaren maar, integendeel, om de doeltreffendheid van die bescherming te waarborgen.
- 59 Vanuit dat oogpunt is het moment waarop de wachttermijn verstrijkt voor de kortgedingrechter enkel relevant voor zover de versoepeling van de criteria voor beoordeling van de voorwaarde inzake de spoedeisendheid van de zaak alleen tot de precontractuele periode moet worden beperkt indien de overeenkomst daarna is gesloten [zie in die zin beschikking van de vicepresident van het Hof van 23 april 2015, Commissie/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, punten 42, 57 en 62].
- 60 Het verstrijken van de wachttermijn mag dan ook niet worden beschouwd als het einde van de periode waarin een uitgebreide rechterlijke bescherming van de afgewezen inschrijver moet worden gewaarborgd en tijdens welke de criteria voor beoordeling van de voorwaarde inzake spoedeisendheid bijgevolg moeten worden versoepeld.
- 61 In tegenstelling tot wat de Commissie betoogt verhindert die oplossing de aanbestedende dienst en de geselecteerde inschrijver niet om snel een overeenkomst te sluiten. In de praktijk zal de afgewezen inschrijver in de periode tussen het verstrijken van de wachttermijn en de sluiting van de overeenkomst immers enkel in gevallen waarin de aanbestedende dienst en de geselecteerde inschrijver de keuze hebben gemaakt om die overeenkomst niet snel te sluiten terwijl zij daar wel de mogelijkheid toe hadden, een verzoek in kort geding kunnen indienen dat moet worden behandeld op basis van versoepelde criteria voor beoordeling van de voorwaarde inzake spoedeisendheid.
- 62 Bovendien heeft deze oplossing geen gevolgen voor de beroepstermijnen en kan ze dus niet worden geacht afbreuk te doen aan het openbare-ordekarakter daarvan. Evenmin creëert ze bij de aanbestedende dienst en de geselecteerde inschrijver onzekerheid over de duur van de periode waarin de voorwaarde inzake spoedeisendheid wordt beoordeeld op basis van versoepelde criteria aangezien die periode eindigt op de datum die zij hebben gekozen om de overeenkomst te sluiten.
- 63 Zoals de president van het Gerecht in punt 28 van de bestreden beschikking heeft opgemerkt, worden de criteria voor beoordeling van de voorwaarde inzake spoedeisendheid op het gebied van overheidsopdrachten bijgevolg enkel versoepeld tijdens de precontractuele fase voor zover de wachttermijn in acht is genomen [zie in die zin beschikking van de vicepresident van het Hof van 1 december 2021, Inivos en Inivos/Commissie, C-471/21 P(R), EU:C:2021:984, punt 66].

- 64 Aangezien het in casu vaststaat dat Telefónica de España haar verzoek in kort geding heeft ingediend vóór de overeenkomst werd gesloten, was de datum waarop de wachtermijn verstreek niet relevant om te bepalen op basis van welke criteria de voorwaarde inzake spoedeisendheid moest worden beoordeeld.
- 65 Daaruit volgt dat de president van het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en niet de nodige consequenties heeft verbonden aan zijn eigen vaststellingen door in de punten 29 en 30 van de bestreden beschikking te oordelen dat de criteria voor beoordeling van de voorwaarde inzake de spoedeisendheid van de zaak bij de behandeling van het verzoek in kort geding niet konden worden versoepeld aangezien dat verzoek na het verstrijken van de wachtermijn was ingediend.
- 66 De vaststelling van de president van het Gerecht in punt 38 van de bestreden beschikking dat rekwirante vanaf het begin van de wachtermijn beschikte over de gegevens die zij nodig had om een verzoek in kort geding in te dienen rechtvaardigde evenmin dat de criteria voor beoordeling van de voorwaarde inzake spoedeisendheid in casu niet konden worden versoepeld aangezien een dergelijke omstandigheid voor de kortgedingrechter enkel relevant is wanneer de overeenkomst op de datum van indiening van het verzoek in kort geding, na het verstrijken van de wachtermijn reeds is gesloten [zie in die zin beschikking van de vicepresident van het Hof van 23 april 2015, Commissie/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, punten 49, 50 en 57].
- 67 Hieruit volgt dat het eerste onderdeel van het eerste middel gegrond is.
- 68 Door de onjuiste rechtsopvatting waar de president van het Gerecht blijk van heeft gegeven bij het bepalen van de criteria voor beoordeling van de voorwaarde inzake spoedeisendheid valt elke grondslag weg voor de beoordeling in punt 82 van de bestreden beschikking dat Telefónica de España niet had aangetoond dat aan die voorwaarde was voldaan.
- 69 Uit de in punt 47 van de onderhavige beschikking aangehaalde rechtspraak volgt immers dat wanneer de criteria voor beoordeling van de voorwaarde inzake spoedeisendheid moeten worden versoepeld, aan deze voorwaarde is voldaan wanneer de afgewezen inschrijver erin slaagt een bijzonder ernstige fumus boni juris en een risico op ernstige schade aan te tonen.
- 70 Uit punt 64 van de bestreden beschikking blijkt dat Telefónica de España het bestaan van een dergelijk risico wel degelijk had aangetoond.
- 71 Bijgevolg heeft de president van het Gerecht ten onrechte geoordeeld dat niet aan de voorwaarde inzake spoedeisendheid was voldaan, zonder eerst na te gaan of de door Telefónica de España ingeroepen fumus boni juris bijzonder ernstig was.
- 72 Hieruit volgt dat het eerste onderdeel van het eerste middel gegrond is en dat de bestreden beschikking moet worden vernietigd, zonder dat uitspraak hoeft te worden gedaan over het tweede onderdeel van het eerste middel en over het tweede middel.

Verzoek aan het Gerecht om voorlopige maatregelen

- 73 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 krachtens artikel 57, tweede alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie ook van toepassing op hogere voorzieningen [beschikking van de vicepresident van het Hof van 24 mei 2022, Puigdemont i Casamajó e.a./Parlement en Spanje, C-629/21 P(R), EU:C:2022:413, punt 172 en aldaar aangehaalde rechtspraak].
- 74 In casu heeft de president van het Gerecht het verzoek in kort geding afgewezen zonder in te gaan op de middelen die Telefónica de España heeft aangevoerd om een fumus boni juris aan te tonen.
- 75 Aangezien het, zoals blijkt uit punt 71 van de onderhavige beschikking, niet mogelijk is om uitspraak te doen over het verzoek in kort geding zonder dat deze middelen, die betrekking hebben op verschillende aspecten van aanbestedingsprocedure DIGIT/A3/PR/2019/010, worden onderzocht, moet de zaak worden terugverwezen naar het Gerecht opdat het vaststelt of ze een bijzonder ernstige fumus boni juris kunnen aantonen.

Kosten

- 76 Daar de zaak wordt terugverwezen naar het Gerecht, dient de beslissing omtrent de kosten te worden aangehouden.

De vicepresident van het Hof beschikt:

- 1) **De beschikking van de president van het Gerecht van de Europese Unie van 14 juli 2022, Telefónica de España/Commissie (T-170/22 R, niet gepubliceerd, EU:T:2022:460), wordt vernietigd.**
- 2) **De zaak wordt terugverwezen naar het Gerecht van de Europese Unie.**
- 3) **De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.**

ondertekeningen