Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Sjette Afdeling)

29. oktober 2015*

»Offentlige tjenesteydelseskontrakter — udbudsprocedure — levering af forsikringstjenester vedrørende ejendom og personer — afvisning af en tilbudsgivers bud — tildeling af kontrakten til en anden tilbudsgiver — ligebehandling — tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse af en retsregel, som tillægger borgerne rettigheder — ansvar uden for kontraktforhold — fortabelse af mulighed — mellemdom«

I sag T-199/14,

Vanbreda Risk & Benefits, Antwerpen (Belgien), først ved advokaterne P. Teerlinck og P. de Bandt, derefter ved advokaterne P. Teerlinck, P. de Bandt og M. Gherghinaru,

sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

angående dels en påstand om annullation af afgørelsen af 30. januar 2014, hvorved Kommissionen afviste det af sagsøgeren afgivne bud vedrørende parti 1 inden for rammerne af udbud OIB.DR.2/PO/2013/062/591 vedrørende forsikring af ejendom og personer (EUT 2013/S 155-269617) og tildelte dette parti til et andet selskab, dels en påstand om erstatning,

har

RETTEN (Sjette Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, S. Frimodt Nielsen, og dommerne F. Dehousse (refererende dommer) og A.M. Collins,

justitssekretær: fuldmægtig S. Bukšek-Tomac,

efter retsmødet den 3. juni 2015,

afsagt følgende

* Processprog: fransk.

Dom

Sagens baggrund

1 Den 10. august 2013 offentliggjorde Europa-Kommissionen i *Den Europæiske Unions Tidende* (EUT 2013 S 155- 269 617) et udbud med referencen OIB.DR.2/PO/2013/062/591 vedrørende en offentlig kontrakt om forsikring af ejendom og personer, der var opdelt i fire partier.

2 Parti 1, som er det eneste, der er omhandlet i den foreliggende sag, vedrørte forsikringsdækning – fra den 1. marts 2014 – af bygninger og deres indhold på vegne af Kommissionen og en række andre EU-institutioner og -organer.

3 Udbudsmaterialet for parti 1 bestod af dels udbudsbekendtgørelsen, dels udbudsbetingelserne, som omfattede opfordringen til at afgive bud vedlagt de tekniske specifikationer (bilag I), bygningsoversigten (bilag I.1), skadestatistikken (bilag I.2), pristilbudsskemaet (bilag II), udkastet til tjenesteydelsesaftalen (bilag III) og spørgeskemaet vedrørende identificering, udelukkelse og udvælgelse (bilag IV) (herefter »IES-spørgeskemaet«).

4 Det fremgik af udbuddet, at der var tale om et offentligt udbud, hvor kontrakten ville blive tildelt buddet med den laveste pris blandt de antagelige og forskriftsmæssige bud (artikel 3.4.3 i opfordringen til at afgive bud og punkt 12 i de tekniske specifikationer).

5 Der blev stillet følgende krav om solidarisk ansvar, hvis kontrakten skulle udføres af flere forsikringsselskaber.

6 Det fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at alle medlemmer af sammenslutningen af økonomiske aktører, hvis kontrakten blev tildelt en sådan sammenslutning, skulle »hæfte solidarisk for udførelsen af kontrakten« (udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.3).

7 Artikel 5.1 i de tekniske specifikationer bestemte:

»Hvis det vindende bud afgives af flere solidariske forsikringsselskaber, der indgår i et konsortium, eller af flere forsikringsselskaber, der indgår i et konsortium og repræsenteres af en ledende solidarisk assurandør, skal aftalen undertegnes af samtlige forsikringsselskaber. Tilbudsgiveren garanterer i så fald, at den ordregivende myndighed forsikres fuldt ud (ydes fuld dækning) og vedvarende i hele aftaleperioden […]

Hvis det vindende bud afgives af flere solidariske forsikringsselskaber, der indgår i et konsortium og repræsenteres af en mægler, skal aftalen undertegnes i fællesskab af samtlige forsikringsselskaber og af mægleren. Tilbudsgiveren/-erne skal i så fald også garantere, at den ordregivende myndighed forsikres fuldt ud (ydes fuld dækning) og vedvarende i hele aftaleperioden […]«

8 I udkastet til tjenesteydelsesaftalen var der efter den del, hvori de kontraherende parter blev identificeret, anført følgende: »De ovenfor nævnte parter, der herefter under ét betegnes som »kontrahenten«, hæfter […] solidarisk for gennemførelsen af den foreliggende aftale over for den ordregivende myndighed.«

9 Det fremgik af opfordringen til at afgive bud, at hvert bud skulle ledsages af et IES-spørgeskema, som tilbudsgiveren havde udfyldt korrekt (punkt 2.1.2, ottende led, i opfordringen til at afgive bud). IES-spørgeskemaet sondrede i afsnit 1 (skema til identificering af tilbudsgiveren) mellem, om tilbudsgiveren handlede »som medlem af [en sammenslutning]« eller som »den eneste tilbudsgiver«.

10 IES-spørgeskemaet indeholdt i afsnit 3 et »spørgeskema vedrørende fælles bud«, der »kun [skulle] udfyldes, hvis buddet [var] et fælles bud«.

11 Det fremgik af spørgsmål 5 og spørgsmål 5.1. i det sidstnævnte spørgeskema, at der »ved afgivelse af et fælles bud [skulle fremlægges] en overenskomst/fuldmagt baseret på nedenstående skabelon og underskrevet af de retlige repræsentanter for alle deltagere i det fælles bud, hvori det bl.a. [var] fastsat, at alle deltagere i det fælles bud [hæftede] solidarisk for kontraktens gennemførelse«.

12 Det var i denne overenskomst/fuldmagt bestemt, at »alle medlemmer af sammenslutningen hæfter som medunderskrivere af aftalen solidarisk for aftalens udførelse over for den ordregivende myndighed«. Det var videre bestemt, at disse medlemmer »skal opfylde aftalebetingelserne og sikre en tilfredsstillende udførelse af deres respektive andel af de tjenesteydelser, der er beskrevet i udbudsbetingelserne og kontrahentens bud«.

13 I forbindelse med åbningen af buddene den 31. oktober 2013 oplyste åbningsudvalget, at det havde modtaget to bud vedrørende parti 1. Det ene bud stammede fra sagsøgeren, Vanbreda Risk & Benefits, og det andet fra selskabet Marsh.

14 Ved brev af 8. november 2013 gjorde sagsøgeren Kommissionen opmærksom på, at det ved bedømmelsen af et buds overensstemmelse var vigtigt at råde over »underskrevne dokumenter, hvoraf det fremgår, at forsikringsselskaberne indvilger i at hæfte solidarisk og uden begrænsning, hvis buddet afgives af flere forsikringsselskaber«. Sagsøgeren havde erfaring for, at AIG Europe Limited (herefter »AIG«), der deltog i Marshs konsortium, principielt nægtede at hæfte solidarisk, og Marshs bud ville derfor efter al sandsynlighed ikke kunne opfylde de materielle og formelle krav, der blev stillet i udbudsbetingelserne.

15 Ved brev af 4. december 2013 svarede Kommissionen hertil, at den ikke kunne udtale sig, så længe bedømmelsen af buddene ikke var afsluttet.

16 Bedømmelsesudvalget oplyste i sin rapport af 13. januar 2014 om bedømmelsen af buddene, at sagsøgerens og Marshs bud kunne antages til økonomisk bedømmelse, og at Marshs bud indtog førstepladsen med en årlig pris på 771 076,03 EUR, mens sagsøgerens bud opnåede en andenplads med en årlig pris på 935 573,58 EUR. Bedømmelsesudvalget besluttede derfor at foreslå, at parti 1 blev tildelt Marsh.

17 Ved afgørelse af 28. januar 2014 besluttede Kommissionen at tildele Marsh kontrakten.

18 Ved brev af 30. januar 2014 (herefter »den anfægtede afgørelse«) oplyste Kommissionen sagsøgeren om, at dennes bud ikke var blevet valgt i forbindelse med parti 1, fordi sagsøgeren ikke havde tilbudt den laveste pris.

19 Ved e-mail af 31. januar 2014 og brev af 3. februar 2014 fremsatte sagsøgeren begæring over for Kommissionen om indsigt i hele udbudsrapporten og om udlevering af kopier af de underskrevne dokumenter, hvoraf det fremgik, at forsikringsselskaberne havde indvilget i at hæfte solidarisk og uden begrænsning i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, såfremt buddet blev afgivet af flere forsikringsselskaber. Sagsøgeren oplyste, at dette krav var beskrevet på side 8 i bilag IV til opfordringen til at afgive bud.

20 Ved brev af 7. februar 2014 fremsatte sagsøgeren sine begæringer på ny. Sagsøgeren frygtede, at Marshs bud ikke var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, fordi mindst én af deltagerne i dette bud ikke havde undertegnet den krævede standardoverenskomst/-fuldmagt. Sagsøgeren pegede på, at der faktisk var tale om et vigtigt aspekt i aftalen, og at sagsøgerens eget bud var baseret på en forsikringskonstruktion, der var i fuld overensstemmelse med udbudsbetingelserne, herunder det vigtige krav om solidarisk ansvar. De eneste forskriftsmæssige bud var de bud, hvor der kun optrådte

ét forsikringsselskab (der dækkede risikoen fuldt ud), og de bud, hvor der optrådte flere forsikringsselskaber, som hæftede solidarisk i forbindelse med afgivelsen af buddet. Sagsøgeren opfordrede Kommissionen til at ændre sin afgørelse om at tildele Marsh kontrakten på grund af dette aspekt og til at suspendere underskrivelsen af aftalen.

21 Kommissionen meddelte i sit brev af 7. februar 2014 som svar på e-mailen af 31. januar 2014, at den i henhold til lovgivningen kun måtte oplyse sagsøgeren om »de kvaliteter og relative fordele, der kendetegner det valgte bud, samt opgive navnet på den, der tildeles kontrakten«. Kommissionen oplyste i denne forbindelse, at den havde valgt det laveste forskriftsmæssige bud, dvs. det bud, Marsh havde afgivet, i forbindelse med tildelingen af parti 1.

22 Ved brev af 11. februar 2014 kritiserede sagsøgeren dette svar, som ikke besvarede de spørgsmål, der var stillet. Sagsøgeren begærede igen indsigt i de samme oplysninger som i de tidligere skrivelser.

23 Ved brev og e-mail af 21. februar 2014 gav sagsøgeren klart udtryk for, at Kommissionen ikke havde været i besiddelse af en overenskomst/fuldmagt for hvert forsikringsselskab, der deltog i Marshs bud, fra det tidspunkt, hvor buddene blev afgivet. Marshs bud var derfor ikke forskriftsmæssigt og måtte afvises. Sagsøgeren opfordrede Kommissionen til at ændre sin afgørelse om tildeling og til at suspendere underskrivelsen af aftalen med Marsh.

24 Ved skrivelse af samme dag svarede Kommissionen, at den havde taget tilstrækkeligt hensyn til sagsøgerens kritikpunkter ved bedømmelsen af buddene, at den havde fastslået, at buddene var forskriftsmæssige, og at kontrakten derfor var blevet tildelt buddet med den laveste pris. Kommissionen fremsendte ingen af de ønskede dokumenter til sagsøgeren.

25 I forlængelse af to nye e-mail af 25. og 28. februar 2014 fremsatte sagsøgeren den 14. marts 2014 en begæring om indsigt i dokumenterne over for Kommissionen i henhold til Europa Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1049/2001 af 30. maj 2001 om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter (EFT L 145, s. 331).

Retsforhandlinger og ny udvikling under sagens forløb

26 Sagsøgeren har ved processkrifter indleveret til Rettens Justitskontor den 28. marts 2014 anlagt den foreliggende sag med påstand om annullation af den anfægtede afgørelse og påstand om erstatning samt fremsat en begæring om foreløbige forholdsregler med påstand om udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede afgørelse og påstand om, at Kommissionen skulle fremlægge dokumenter.

27 Ved kendelse afsagt den 3. april 2014 i sagen om foreløbige forholdsregler traf Rettens præsident afgørelse om at udsætte gennemførelsen af den anfægtede afgørelse og af den aftale, der var indgået med Marsh og forsikringsselskaberne, og afgørelse om fremlæggelse af dokumenter i sagen om foreløbige forholdsregler.

28 Ved kendelse af 10. april 2014, der blev afsagt, efter at Kommissionen havde fremsat bemærkninger i sagen om foreløbige forholdsregler, ophævede Retten med tilbagevirkende kraft fra den 3. april 2014 det punkt i konklusionen i kendelsen af 3. april 2014, hvorved gennemførelsen af den anfægtede afgørelse og af den aftale, der var indgået med Marsh og forsikringsselskaberne, blev udsat.

29 Retten pålagde ved kendelse af 30. juli 2014, Vanbreda mod Kommissionen (T-199/14), i den foreliggende sag Kommissionen at fremlægge visse dokumenter, som efter sidstnævntes opfattelse indeholdt fortrolige oplysninger, og udtalte i henhold til artikel 67, stk. 3, i Rettens procesreglement af 2. maj 1991, at disse dokumenter ikke ville blive tilstillet sagsøgeren på dette tidspunkt.

30 Kommissionen fremlagde de ønskede dokumenter ved brev af 8. august 2014, hvorefter Retten ved en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse af 11. september 2014 anmodede Kommissionen om at fremsende eksemplarer af nogle af disse dokumenter, hvori den ved overstregning havde angivet præcist, hvilke dele den anså for at være fortrolige.

31 Kommissionen efterkom denne anmodning ved brev af 29. september 2014.

32 Da sagsøgeren ikke gjorde indsigelse mod Kommissionens begæring om fortrolig behandling, fjernede Retten de fortrolige dokumenter, der var vedlagt brevet af 8. august 2014, fra sagsakterne.

33 Ved kendelse om foreløbige forholdsregler af 4. december 2014, Vanbreda Risk & Benefits mod Kommissionen (T-199/14 R, Sml. (uddrag), EU:T:2014:1024), bestemte Rettens præsident, at den anfægtede afgørelse skulle suspenderes, for så vidt angår tildelingen af parti 1 (konklusionens punkt 1), at denne afgørelses virkninger skulle opretholdes indtil udløbet af appelfristen for denne kendelse (konklusionens punkt 2) – dvs. indtil midnat den 16. februar 2015 – og at afgørelsen om sagens omkostninger skulle udsættes.

34 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse, hvorved Kommissionen traf afgørelse om ikke at vælge sagsøgerens bud for parti 1 og tildelte dette parti til Marsh, annulleres.

— Det fastslås, at Unionen er ifaldet ansvar uden for kontrakt, og den pålægges at betale sagsøgeren et beløb på 1 000 000 EUR som erstatning for fortabelse af muligheden for at vinde udbuddet, for tab af reference og for ikke-økonomisk skade.

— Kommissionen tilpligtes under alle omstændigheder at betale sagens omkostninger, herunder advokatsalæret, der foreløbigt er fastsat til på 50 000 EUR.

35 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Påstanden om annullation forkastes.

— Påstanden om erstatning forkastes.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale omkostningerne i den foreliggende sag og i sagen om foreløbige forholdsregler.

36 I forlængelse af kendelse Vanbreda Risk & Benefits mod Kommissionen, nævnt i præmis 33 ovenfor (EU:T:2014:1024), iværksætte Kommissionen for det første et udbud med forhandling i henhold til artikel 134, stk. 1, litra c), i Kommissionens delegerede forordning (EU) nr. 1268/2012 af 29. oktober 2012 om gennemførelsesbestemmelser til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget (EUT L 362, s. 1, herefter »gennemførelsesforordningen«) med henblik på at indgå en forsikringsaftale, der kunne træde i kraft den 17. februar 2015, kl. 00:00. For det andet iværksatte den appel (C-35/15 P) til prøvelse af denne kendelse.

37 Ved brev af 13. februar 2015 underrettede Kommissionen Marsh om, at den indgåede aftale var blevet suspenderet fra midnat den 16. februar 2014.

38 I forbindelse med udbuddet efter forhandling modtog Kommissionen kun ét bud, som stammede fra sagsøgeren i forening med forsikringsselskabet AIG. Kommissionen valgte dette bud og underskrev den forsikringsaftale, der var genstand for dette udbud, og som trådte i kraft den 17. februar, kl. 00:00.

39 Ved kendelse af 23. april 2015, Kommissionen mod Vanbreda Risk & Benefits (C-35/15 P(R), EU:C:2015:275), annullerede Domstolens vicepræsident punkt 1 og 2 i konklusionen i kendelse Vanbreda Risk & Benefits mod Kommissionen, nævnt i præmis 33 ovenfor (EU:T:2014:1024), fordi Retten havde gjort sig skyldig i urigtig retsanvendelse ved at fastslå, at den lempelse af betingelsen om uopsættelighed, der kunne foretages i forbindelse med offentlige kontrakter, ikke var tidsmæssigt begrænset (kendelse Kommissionen mod Vanbreda Risk & Benefits, EU:C:2015:275, præmis 57). Domstolens vicepræsident tog af samme grunde ikke sagsøgerens begæring om foreløbige forholdsregler til følge (kendelse Kommissionen mod Vanbreda Risk & Benefits, EU:C:2015:275, præmis 61).

Retlige bemærkninger

Annullationspåstanden

40 Sagsøgeren har fremført et enkelt annullationsanbringende, der er opdelt i tre led, vedrørende for det første tilsidesættelse af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, artikel 111 og 113 i Europa Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012 af 25. oktober 2012 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget og om ophævelse af Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002 (EUT L 298, s. 1, herefter »finansforordningen«), artikel 146, 149 og 158 i gennemførelsesforordningen samt udbudsbetingelserne, for det andet, tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet og, for det tredje, tilsidesættelse af gennemsigtighedsprincippet.

Anbringendets første led om tilsidesættelse af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, finansforordningens artikel 111, stk. 5, og artikel 113, stk. 1, gennemførelsesforordningens artikel 146, stk. 1 og 2, artikel 149, stk. 1, og artikel 158, stk. 1 og 3, samt udbudsbetingelserne

41 Sagsøgeren har gjort gældende, at Marshs bud ikke opfyldte kravene i udbudsbetingelserne. De forsikringsselskaber, der deltog i dette bud, indvilgede således ikke i at hæfte solidarisk for kontraktens gennemførelse og underskrev derfor ikke den overenskomst/fuldmagt, der krævedes i udbudsbetingelserne.

42 Den solidariske hæftelse var imidlertid en vigtig betingelse i det omhandlede offentlige udbud, og denne betingelse påvirkede budprisen. Hvis flere forsikringsselskaber kunne vælge at slutte sig sammen om – inden for rammerne af deres respektive engagement – at dække en risiko som den, der er omhandlet i den pågældende kontrakt, ville denne løsning ikke sikre, at der blev ydet fuld erstatning for det samlede tab. Det var grunden til, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde stillede krav om solidarisk hæftelse i udbudsbetingelserne, hvilket var en brugbar løsning, men medførte store meromkostninger.

43 Sagsøgeren mener, at Kommissionen gjorde det muligt for Marsh at tilbyde en meget lavere pris, fordi den tillod selskabet at afgive bud i fællesskab med et konsortium af forsikringsselskaber, der ikke var solidarisk forpligtet til at gennemføre kontrakten.

44 Kommissionen tilsidesatte som følge heraf princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, finansforordningens artikel 111, stk. 5, og artikel 113, stk. 1, gennemførelsesforordningens artikel 146, stk. 1 og 2, artikel 149, stk. 1, og artikel 158, stk. 1 og 3, samt udbudsbetingelserne. Eftersom Kommissionen endte med at tildele Marsh kontrakten, overtrådte den også gennemførelsesforordningens artikel 149, stk. 1.

45 Sagsøgeren har i replikken anført, at denne har fået kendskab til nye oplysninger i forbindelse med sin gennemgang af svarskriftet og de ikke-fortrolige dokumenter, som Kommissionen har fremlagt. Det fremgår således heraf, at Marsh i virkeligheden afgav sit bud som mægler og eneste tilbudsgiver, og at

Kommissionen og Marsh havde ført en omfattende korrespondance om betingelsen om solidarisk hæftelse, efter at buddene var blevet åbnet. Kommissionen underrettede på intet tidspunkt sagsøgeren om disse faktiske omstændigheder til trods for dennes gentagne forespørgsler. Sagsøgeren kunne derfor lægge disse nye oplysninger til grund.

46 Sagsøgeren har i den forbindelse gjort gældende, at det var åbenlyst ulovligt og i strid med udbudsbetingelserne, at Marsh deltog som den eneste tilbudsgiver. Selv om Kommissionen påstår det modsatte, behandlede den desuden Marshs bud som et fælles bud. Eftersom Marshs bud kun kunne betragtes som et fælles bud, burde det endelig have indeholdt den overenskomst/fuldmagt, der kræves i bilag IV til opfordringen til at afgive bud.

47 Kommissionen har bestridt sagsøgerens synspunkter, der efter dens opfattelse bygger på tre forkerte postulater: 1) postulatet om, at Marshs bud blev afgivet på vegne af en sammenslutning eller et konsortium, 2) postulatet om, at dette bud ikke indeholdt en standardoverenskomst/-fuldmagt, hvilket var i strid med udbudsbetingelserne, og 3) postulatet om, at de forsikringsselskaber, som Marsh foreslog, ikke havde indvilget i at hæfte solidarisk for kontraktens gennemførelse. Det sidstnævnte postulat skyldes en fejlagtig fortolkning af udbudsbetingelserne og manglende hensyntagen til Marshs faktiske bud og udbudsprocedurens forløb.

48 Med hensyn til det første postulat har Kommissionen påpeget, at Marsh afgav sit bud som mægler og eneste tilbudsgiver og ikke som medlem eller leder af en sammenslutning, og at det som følge heraf var Marsh, der som enkeltstående tilbudsgiver blev tildelt kontrakten. Udbudsbetingelserne indeholdt ingen bestemmelse om, at en mægler ikke måtte afgive bud på udbuddets parti 1 som enkeltstående tilbudsgiver.

49 Med hensyn til det andet postulat har Kommissionen påpeget, at bestemmelserne om fælles bud i udbudsbetingelserne, herunder den standardoverenskomst/-fuldmagt, der er omhandlet i IES-spørgeskemaet, ikke gælder for bud, der afgives af en enkeltstående tilbudsgiver. Marsh var derfor ikke forpligtet til at vedlægge buddet en underskrevet overenskomst/fuldmagt som den, der krævedes for fælles bud. Marsh vedlagde til gengæld fuldmagter fra en række forsikringsselskaber vedrørende kontraktens gennemførelse.

50 Med hensyn til det tredje postulat har Kommissionen anført, at den, som det ses af dens korrespondance med Marsh i perioden fra åbningen af buddene til tildelingen af kontrakten, kontrollerede behørigt, at Marshs bud opfyldte samtlige forpligtelser i udbudsbetingelserne fuldt ud, heriblandt forpligtelsen i artikel 5.1 i de tekniske specifikationer til at garantere, at den ordregivende myndighed blev forsikret fuldt ud (ydet fuld dækning) og vedvarende i hele aftaleperioden, og forpligtelsen i aftaleudkastet om, at de kontraherende parter skulle hæfte solidarisk. Da formålet med udbuddets parti 1 var at indgå en direkte forsikringsaftale vedrørende den ordregivende myndigheds bygninger, fremgik det således klart af de tekniske specifikationer, at hvert forsikringsselskab, der var involveret i aftalens gennemførelse, uanset de nærmere regler for afgivelse af bud skulle underskrive denne aftale i fællesskab med de eventuelle andre forsikringsselskaber eller med mægleren for at sikre den ordregivende myndighed en fuld og vedvarende dækning.

51 Sagsøgerens argumenter om, at priserne varierede alt efter, om der blev tilbudt solidarisk hæftelse eller ej, er således ikke relevante. Den undertegnede aftale indeholdt faktisk en klausul om, at de kontraherende parter skulle hæfte solidarisk, og denne klausul fandtes lige fra begyndelsen. Det var derfor klart, at der i Marshs bud skulle tages højde for de omkostninger og risici, der var forbundet med denne klausul, og budprisen blev på intet tidspunkt ændret eller taget op til diskussion af Marsh.

52 Kommissionen har gjort gældende, at Marsh afgav sit bud som enkeltstående tilbudsgiver, og at der således ikke var tale om et fælles bud. Marshs bud blev derfor behandlet som et bud fra en enkeltstående tilbudsgiver. Ved åbningen af buddene meddelte Kommissionen ikke navnene på de forsikringsselskaber, der optrådte i Marshs bud. Buddene blev undersøgt efter de udelukkelses- og

udvælgelseskriterier, der var fastsat i udbudsbekendtgørelsen, og i overensstemmelse med den gældende procedure. Da Marshs bud stammede fra en enkeltstående tilbudsgiver, kontrollerede Kommissionen behørigt, at Marsh selv overholdt udvælgelseskriterierne.

53 I duplikken har Kommissionen til det i replikken fremførte argument om, at det var åbenlyst ulovligt, at Marsh deltog som enkeltstående tilbudsgiver, anført, at det bygger på snæver og fejlagtig fortolkning af udbudsbetingelserne og på en fejlagtig fortolkning af belgisk ret.

54 Hvis Kommissionen havde fortolket udbudsbetingelserne snævert, skulle den have afvist begge bud, men den foretrak en bredere fortolkning, hvor det ikke var afgørende, hvilken retlig form der var valgt for forbindelserne mellem mægleren/forsikringsselskabet/-erne, når blot buddene var i overensstemmelse med udbuddet. Kommissionen vurderede derfor, at både forsikringsselskaber og mæglere kunne deltage i udbuddet, og at der ikke var noget til hinder for, at en mægler medvirkede som enkeltstående tilbudsgiver. Formålet med aftalen var under alle omstændigheder at indgå en direkte forsikringsaftale, som skulle undertegnes af hvert forsikringsselskab, hvilket i øvrigt skete i den aftale, der til sidst blev undertegnet.

55 Med hensyn til fortolkningen af belgisk ret har sagsøgeren fejlagtigt anvendt bestemmelserne i denne ret i den foreliggende sag. Marsh har aldrig påstået, at selskabet var ene om at underskrive forsikringsaftalen, og Kommissionens har aldrig forestillet sig, at det kunne være en mulighed. Sagsøgeren synes fejlagtigt at gøre gældende, at Marsh optrådte som enkeltstående tilbudsgiver og derfor optrådte som et forsikringsselskab, der ønskede at underskrive aftalen på egen hånd. Kommissionen havde ingen grund til at tro, at Marshs bud var ulovligt. Buddet var ikke ulovligt, blot fordi en mægler ikke kunne fremlægge dokumentation for mindst 100 000 forsikrede m^2. De krævede oplysninger var ikke til hinder for, at der blev taget hensyn til indgåelse af forsikringspolicer vedrørende mindst 100 000 forsikrede m^2 for forsikringsselskaber og levering af mæglerydelser vedrørende mindst 100 000 forsikrede m^2 for mæglere. Det var endelig logisk, at det kun var Marshs finansielle og økonomiske kapacitet, der blev kontrolleret, når Marsh var den eneste tilbudsgiver. Det var således Marsh, der i denne egenskab stod inde for buddets finansielle levedygtighed. Sagsøgeren havde i øvrigt valgt den samme fremgangsmåde i forbindelse med den foregående forsikringsaftale. For at undgå, at Kommissionen indgik i et direkte kontraktforhold med forsikringsselskaberne, fremgik det af udbudsbetingelserne, at forsikringsselskaberne skulle undertegne forsikringsaftalen.

56 Argumentet om, at Marshs bud blev behandlet som et fælles bud, er efter Kommissionens opfattelse ulogisk og fejlagtigt. Det ligger fast, at Marsh afgiv sit bud som enkeltstående tilbudsgiver, at Kommissionen kontrollerede udelukkelses- og udvælgelseskriterierne på dette grundlag, og at den indgik aftalen med denne enkeltstående tilbudsgiver. Kommissionen har vanskeligt ved at forstå sagsøgerens påstand om, at Kommissionen behandlede Marshs bud som et fælles bud. De forhold, som sagsøgeren har påberåbt sig, understøtter heller ikke denne påstand.

57 Hvad angår argumentet om, at Marshs bud burde have indeholdt den standardoverenskomst/-fuldmagt, der kræves i forbindelse med et fælles bud, fastholder Kommissionen, at Marshs bud ikke skulle indeholde en underskrevet overenskomst/fuldmagt, når det stammede fra en enkeltstående tilbudsgiver.

– Formaliteten med hensyn til visse argumenter, der blev fremført i replikken

58 Kommissionen har ikke fremsat en udtrykkelig formalitetsindsigelse, men mener dog, at de argumenter, som sagsøgeren fremførte i replikken – efter at Kommissionen havde dokumenteret, at det faktisk fremgik af den aftale, der blev indgået med Marsh og forsikringsselskaberne den 27. februar 2014, at forsikringsselskaberne skulle hæfte solidarisk – ligger uden for rammerne af det oprindelige eneste anbringende vedrørende »kravet i udbudsbetingelserne om solidarisk hæftelse, når der afgives bud i fællesskab med et konsortium af forsikringsselskaber«.

59 Sagsøgeren har fremført visse nye argumenter i replikken. Sagsøgeren har navnlig anført, at det var ulovligt, at Marsh deltog som enkeltstående tilbudsgiver, og at det var ulovligt, at Kommissionen behandlede dette bud som et fælles bud.

60 Som sagsøgeren ganske rigtigt har gjort gældende i replikken, bygger disse nye argumenter på oplysninger, som sagsøgeren først fik kendskab til ved gennemgangen af svarskriftet og af de dokumenter, som Kommissionen fremlagde på Rettens opfordring, hvilket det i øvrigt ikke er lykkedes for Kommissionen at tilbagevise i duplikken.

61 Sagsøgeren fik således først i svarskriftet at vide, at Marsh ikke havde deltaget i udbuddet ved at afgive et bud i fællesskab med seks forsikringsselskaber, men som mægler og eneste tilbudsgiver, der foreslog seks forsikringsselskaber. Det var først ved gennemgangen af de dokumenter, Kommissionen havde fremlagt den 29. september 2014 (jf. præmis 31 ovenfor), at sagsøgeren fik kendskab til den korrespondance om spørgsmålet om solidarisk hæftelse, som der havde været mellem Kommissionen og Marsh og herefter mellem Kommissionen, Marsh og AIG efter åbningen af buddene.

62 For så vidt som Kommissionens bemærkninger kan sidestilles med en formalitetsindsigelse i henhold til artikel 84, stk. 1, i Rettens procesreglement mod de nye argumenter, som sagsøgeren har fremført i replikken, må denne indsigelse derfor forkastes.

– Klagepunktet om, at det var ulovligt, at Marsh deltog i udbuddet som den eneste tilbudsgiver

63 Det fremgår af finansforordningens artikel 102, stk. 1, at offentlige kontrakter, der helt eller delvis finansieres over EU-budgettet, skal overholde ligebehandlingsprincippet, og af gennemførelsesforordningens artikel 146, stk. 1, at de ordregivende myndigheder skal opstille klare og ikke-diskriminerende udvælgelseskriterier. Ifølge finansforordningens artikel 102, stk. 2, skal offentlige kontrakter desuden indgås på grundlag af bud indkaldt fra så bred en kreds som muligt, og ifølge den samme forordnings artikel 111, stk. 1, 4 og 5, skal reglerne for afgivelse af bud sikre, at der bliver tale om reel konkurrence, alle bud, der erklæres ikke-forskriftsmæssige, skal afvises, og alle bud, der erklæres forskriftsmæssige, skal vurderes efter de kriterier, der er fastsat i udbudsdokumenterne. Denne forordnings artikel 113, stk. 1, bestemmer endelig, at den ansvarlige anvisningsberettigede udpeger den, der skal tildeles kontrakten, under overholdelse af de udvælgelses- og tildelingskriterier, der på forhånd er fastsat i udbudsdokumenterne, samt af udbudsreglerne.

64 Princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, der har til formål at begunstige udviklingen af en sund og effektiv konkurrence mellem de virksomheder, der deltager i en procedure vedrørende indgåelse af en offentlig kontrakt, kræver, at samtlige tilbudsgivere gives lige chancer i forbindelse med udformningen af deres bud, og det indebærer således, at de samme betingelser må gælde for alle konkurrenter (dom af 12.12.2002, Universale-Bau m.fl., C-470/99, Sml., EU:C:2002:746, præmis 93, og af 12.3.2008, Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen, T-345/03, Sml., EU:T:2008:67, præmis 143).

65 Tilbudsgiverne skal altså behandles lige, både når de udarbejder deres bud, og når den ordregivende myndighed vurderer buddene (jf. i denne retning dom af 18.10.2001, SIAC Construction, C-19/00, Sml., EU:C:2001:553, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis). Den ordregivende myndighed er forpligtet til at sikre alle tilbudsgivere ligebehandling og dermed lige muligheder på alle stadier i proceduren (jf. i denne retning dom af 29.4.2004, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Sml., EU:C:2004:236, præmis 108, af 24.2.2000, ADT Projekt mod Kommissionen, T-145/98, Sml., EU:T:2000:54, præmis 164, af 17.3.2005, AFCon Management Consultants m.fl. mod Kommissionen, T-160/03, Sml., EU:T:2005:107, præmis 75, og af 22.5.2012, Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen, T-17/09, EU:T:2012:243, præmis 65).

66 Det eneste annullationsanbringendes første led om, at det var ulovligt, at Marsh deltog i udbuddet som mægler og eneste tilbudsgiver, skal undersøges på denne baggrund.

67 Hvis man ser på bestemmelserne i det omhandlede udbud om, hvorvidt en mægler har mulighed for at deltage heri som enkeltstående tilbudsgiver, synes der ikke at foreligge en sådan mulighed.

68 For det første optræder udtrykket »mægler« faktisk i visse passager i udbuddet (i udbudsbekendtgørelsens afsnit III.2.3 vedrørende teknisk kapacitet, i bilaget til opfordringen til at afgive bud, som indeholder de tekniske specifikationer, der skal overholdes for at kunne deltage, og i rubrikkerne vedrørende de godkendelsesoplysninger, der skal angives). Disse passager er imidlertid ens for bud, der afgives af enkeltstående tilbudsgivere, og fælles bud.

69 Ud over at optræde i disse passager, som både omhandler bud, der afgives af enkeltstående tilbudsgivere, og fælles bud, er udtrykket »mægler« kun nævnt udtrykkeligt i forbindelse med fælles bud (i artikel 5.1 i de tekniske specifikationer, der vedrører forsikringsaftalens underskrivelse, i spørgeskemaet vedrørende fælles bud, i bilag IV til opfordringen til at afgive bud og i standardoverenskomsten/-fuldmagten i samme bilag).

70 Selv om det ikke fremgår udtrykkeligt af de udbudsbestemmelser, der vedrører bud fra enkeltstående tilbudsgivere, at de ikke omfatter »mæglere«, er disse heller ikke nævnt heri. Når udtrykket optræder i de dele af udbuddet, som er ens for bud, der afgives af enkeltstående tilbudsgivere, og fælles bud, skyldes det snarere, at mæglerne udtrykkeligt er tænkt som tilbudsgivere i forbindelse med et fælles bud, end at de kan optræde som enkeltstående tilbudsgiver.

71 For det andet må Kommissionens påstand om, at det ikke var bestemt i udbudsbetingelserne, at en mægler ikke kunne byde på parti 1 som enkeltstående tilbudsgiver, umiddelbart forkastes.

72 Det fremgår indledningsvis af punkt 5, første led, med overskriften »Behandlingen af buddene« i opfordringen til at afgive bud, at »denne opfordring til at afgive bud [ikke] forpligter […] Kommissionen«, og at »Kommissionen […] først [er] forpligtet, når aftalen med den udvalgte tilbudsgiver er underskrevet«. På side 3, første afsnit, i den anfægtede afgørelse, hedder det tilsvarende: »hvis det ikke er muligt at indgå en aftale med den valgte tilbudsgiver«.

73 I den foreliggende sag er det ifølge sagsakterne og Kommissionens egne oplysninger kun Marsh og ingen anden, der er den »valgte tilbudsgiver«.

74 Som Kommissionen selv har understreget i sin korrespondance med Marsh af 18. december 2013 og 12. februar 2014, kan en mægler imidlertid ikke være den eneste kontraherende part i den omtvistede forsikringsaftale.

75 Det fremgår desuden af artikel 5.1 i de tekniske specifikationer, at der kun kan afgives bud på tre forskellige måder, hvis aftalen skal undertegnes af flere solidariske forsikringsselskaber, og at der kun optræder en mægler i et af disse tilfælde. Den sidstnævnte situation svarer til den, hvor buddet »afgives af flere solidariske forsikringsselskaber, der indgår i et konsortium og repræsenteres af en mægler«. Det fremgår således kun, at der kan optræde en mægler i forbindelse med fælles bud.

76 Det må heraf konkluderes, at det i modsætning til det af Kommissionen anførte fremgår af gennemgangen af bestemmelserne i udbudsbetingelserne, at den situation, hvor en mægler afgiver bud som enkeltstående tilbudsgiver, ikke var nævnt og desuden kunne betragtes som udelukket.

77 Kommissionen har i øvrigt selv erkendt, at den situation, hvor der afgives bud af en mægler, som er den eneste tilbudsgiver, ikke var nævnt formelt i udbudsbetingelserne. Den har imidlertid gjort gældende, at den ud fra et ønske om at skabe mest mulig konkurrence på markedet havde ment, at udbudsbetingelserne ikke skulle fortolkes således, at de udelukkede buddet fra en mægler og enkeltstående tilbudsgiver, som var blevet bemyndiget af en række forsikringsselskaber, der forpligtede sig til at undertegne og gennemføre aftalen, hvis dette bud blev valgt. Den tog i denne sammenhæng også hensyn til gennemførelsesforordningens artikel 121, stk. 5, andet afsnit.

78 Hvad angår henvisningen til gennemførelsesforordningens artikel 121, stk. 5, andet afsnit, skal det bemærkes, at denne bestemmelse finder anvendelse, når der afgives bud af en sammenslutning af økonomiske aktører. Det fremgår af denne bestemmelse, at den ordregivende myndighed i så fald ikke kan kræve, at denne sammenslutning har en bestemt juridisk form. I det foreliggende tilfælde blev buddet imidlertid ikke afgivet af en sammenslutning af økonomiske aktører, men af en mægler, som var den eneste tilbudsgiver, og som var den eneste, der blev tildelt den offentlige kontrakt.

79 Med hensyn til den fortolkning af udbudsbetingelserne, som Kommissionen har anlagt, og som ikke udelukker mæglere, der er de eneste tilbudsgivere, strider denne ikke bare mod bestemmelserne i disse udbudsbetingelser, men også mod ordningens opbygning.

80 Når en mægler, der er den eneste tilbudsgiver, afgiver et bud, hvilket Kommissionen anså for muligt, har det således en række andre konsekvenser i forhold til undersøgelsen af, om buddet er forskriftsmæssigt, end når der afgives bud af et forsikringsselskab, der handler som den eneste tilbudsgiver. Den ordregivende myndighed har imidlertid pligt til at sikre sig, at buddet opfylder udbudsbetingelserne, i begge tilfælde. Den ordregivende myndighed skal derfor være i stand til at udføre denne opgave.

81 Det fremgår af punkt 3.4 i opfordringen til at afgive bud, at bedømmelsen af buddene skulle ske i tre faser, og at det kun var de bud, der opfyldte kravene i hver enkelt fase af bedømmelsen, der ville gå videre til den næste fase. Formålet med den første og anden fase var at kontrollere henholdsvis kriterierne for udelukkelse og kriterierne for udvælgelse af tilbudsgiverne. Bedømmelsen af buddene og tildelingen af kontrakten fandt sted i den tredje fase.

82 Hvad nærmere angår den anden fase i bedømmelsen vedrørende kontrol af udvælgelseskriterierne, fremgår det af punkt 3.4.2 i opfordringen til at afgive bud, at bedømmelsesudvalget både skal undersøge, om tilbudsgiverne har en tilstrækkelig økonomisk og finansiel kapacitet, og om de har en tilstrækkelig teknisk og faglig kapacitet. Det skal herved påpeges, at Kommissionen i svarskriftet udtrykkeligt har nævnt, at den kontrollerede behørigt, at Marshs bud i sig selv overholdt udvælgelseskriterierne i forbindelse med udbuddet, hvilket også synes at fremgå af det bedømmelsesskema vedrørende udvælgelseskriterier, der var knyttet som bilag til bedømmelsesrapporten af 13. januar 2014.

83 Med hensyn til kontrollen af den økonomiske og finansielle kapacitet skal det dog bemærkes, at det for så vidt angår fælles bud fremgår af bestemmelserne i afsnit 4 i bilag IV til opfordringen til at afgive bud, at der skal fremlægges særskilte oplysninger for hvert medlem.

84 Dette krav gør det muligt at sikre sig, at de forsikringsselskaber, der i sidste ende skal forsikre risikoen, er solide. Som følge af dette krav kan mægleren – der udtrykkeligt er nævnt som potentiel tilbudsgiver i forbindelse med et fælles bud – ikke nøjes med at fremlægge oplysninger om sin egen økonomiske og finansielle kapacitet. Man bør således undgå, at bedømmelsesudvalget kun ser på, om en formidler, der ikke forsikrer den dækkede risiko, er solid.

85 Hvis buddet afgives af en enkeltstående tilbudsgiver, fremgår det til gengæld blot af de samme bestemmelser i afsnit 4 i bilag IV til opfordringen til at afgive bud, at bedømmelsen skal vedrøre tilbudsgiverens økonomiske og finansielle kapacitet. Hvis det (hvilket Kommissionen taler for) tillades en mægler at deltage som enkeltstående tilbudsgiver, vil dette – som det i øvrigt skete i det foreliggende tilfælde – gøre det muligt at begrænse bedømmelsen til de oplysninger, der vedrører denne mægler. Bedømmelsen af buddet vil i retlig henseende ikke omfatte den finansielle soliditet af de forsikringsselskaber, der skal påtage sig den konkrete risiko.

86 Denne konstatering berøres ikke af gennemførelsesforordningens artikel 147, stk. 3. Ifølge denne bestemmelse kan en økonomisk aktør i givet fald for en bestemt kontrakt basere sig på andre enheders kapacitet uanset den juridiske karakter af forbindelserne mellem den økonomisk aktør selv

og disse enheder, og aktøren skal i så fald bevise over for den ordregivende myndighed, at vedkommende råder over de nødvendige ressourcer til at opfylde kontrakten, f.eks. ved at fremlægge et tilsagn fra disse enheder om, at de er villige til at stille disse midler til rådighed for vedkommende. Denne bestemmelse finder således kun anvendelse, hvis tilbudsgiveren ønsker at basere sig på andre enheders kapacitet.

87 Kommissionen har i det foreliggende tilfælde præciseret, at kontrollen af udvælgelseskriterierne, herunder den økonomiske og finansielle kapacitet, udelukkende vedrørte Marshs situation.

88 Denne oplysning, der understøttes af sagsakterne, blev præciseret i sagen om foreløbige forholdsregler (jf. i denne retning kendelse Vanbreda Risk & Benefits mod Kommissionen, nævnt i præmis 33 ovenfor, EU:T:2014:1024, præmis 72), som ikke blev anfægtet på dette punkt i forbindelse med Kommissionens appel (jf. præmis 36, in fine, ovenfor), og som blev afgjort ved kendelse Kommissionen mod Vanbreda Risk & Benefits, nævnt i præmis 39 ovenfor (EU:C:2015:275). Kommissionen har således bekræftet, at det kun var Marshs og ikke de fuldmagtsgivende forsikringsselskabers økonomiske og finansielle kapacitet, der blev kontrolleret. Den har oplyst, at den iværksatte dette udbud for at indgå en aftale med en række forsikringsselskaber uden at skulle kontrollere deres økonomiske og finansielle kapacitet. Den traf et bevidst valg om ikke at foretage en økonomisk vurdering ved ikke at forlange den pågældende dokumentation og i stedet anlægge en mere juridisk tilgang, hvor tilbudsgiveren skulle forpligte sig til at opfylde dette kriterium.

89 I duplikken i den foreliggende sag har Kommissionen på ny bekræftet, at det kun var Marshs økonomiske og finansielle kapacitet, der skulle kontrolleres under udbudsproceduren, og ikke kapaciteten hos de forsikringsselskaber, som Marsh foreslog.

90 Det er imidlertid tilstrækkeligt at bemærke, at den fremgangsmåde, som Kommissionen har fulgt, og de forklaringer, den har givet, modsiges af selve indholdet og logikken i udbudsbetingelserne. I forbindelse med fælles bud, hvor det fremgår udtrykkeligt, at der optræder en mægler, skal der ifølge udbudsbetingelserne fremlægges særskilt dokumentation for hvert medlems økonomiske og finansielle kapacitet, dvs. for det eller de forsikringsselskaber, der deltager i det fælles bud. Hvis Kommissionens oprindelige ønske rent faktisk var kun at kontrollere mæglernes økonomiske og finansielle kapacitet, ville den ikke have krævet, at der blev fremlagt dokumenter om de enkelte medlemmers økonomiske og finansielle kapacitet, i forbindelse med et fælles bud, hvor der medvirkede en mægler. Hvis et forsikringsselskab havde afgivet et bud som enkeltstående tilbudsgiver, ville dets økonomiske og finansielle kapacitet desuden være blevet kontrolleret. Det var derfor kun i det tilfælde, hvor en mægler havde afgivet et bud som enkeltstående tilbudsgiver, at den økonomiske og finansielle kapacitet hos den enhed, der påtog sig risikoen, ikke blev kontrolleret. Dette er hverken foreneligt med ordningens generelle opbygning eller med ligebehandlingen af tilbudsgiverne.

91 Det fremgik endelig af udbudsbestemmelserne (jf. punkt II.1.5 i udbudsbekendtgørelsen, punkt 2 i de tekniske specifikationer og artikel I.1.1 i udkastet til tjenesteydelsesaftalen), at formålet med dette udbud var at indgå en forsikringsaftale. Kommissionen bekræftede i sit brev af 18. december 2013, at der var tale om en direkte forsikringsaftale. Det må imidlertid konstateres, at Kommissionen til trods for dette formål nøjedes med at kontrollere den økonomiske og finansielle kapacitet hos mægleren Marsh og ikke undersøgte kapaciteten hos de forsikringsselskaber, som Marsh havde foreslået. En sådan tilgang vil måske kunne forsvares i forbindelse med et udbud, der iværksættes for at indgå en mægleraftale, men forekommer ikke berettiget i forbindelse med et udbud vedrørende en forsikringsaftale, bl.a. henset til finansforordningens målsætning om at beskytte Unionens finansielle interesser.

92 Kommissionens bemærkninger om den fremgangsmåde, der blev fulgt under den foregående udbudsprocedure, og om den forsikringsaftale, der er omhandlet i den foreliggende sag, er ikke relevante for vurderingen af den anfægtede afgørelses lovlighed.

93 Det følger af det ovenfor anførte, at det både strider mod udbudsbestemmelserne og mod opbygningen af den ordning, der er omhandlet heri, at give en mægler mulighed for at deltage i udbuddet som enkeltstående tilbudsgiver. Kommissionens bemærkninger om, at dens målsætning var at sikre et højt konkurrenceniveau i forbindelse med deltagelsen i det omtvistede udbud, kan på ingen måde begrunde den manglende overholdelse af udbudsbestemmelserne.

94 Det fremgår desuden af sagen, at en af de vigtigste betingelser i forbindelse med udbuddet var, at den eller de pågældende forsikringsselskaber skulle garantere, at den ordregivende myndighed blev dækket fuldt ud mod de risici, der var beskrevet i udbudsbetingelserne.

95 Såfremt der optræder en mægler, som er den eneste tilbudsgiver – hvilket ifølge Kommissionen er tilladt – påhviler det efter dens opfattelse denne mægler at træffe de praktiske foranstaltninger, der er nødvendige for at gennemføre aftalen. Ifølge denne fremgangsmåde behøvede Kommissionen kun at kontrollere, om den betingelse vedrørende dækningen, der er nævnt i præmis 94 ovenfor, var opfyldt, ved at kontrollere resultatet og ikke ved at kontrollere, hvordan dette resultat var opnået.

96 I det foreliggende tilfælde oplyste Marsh ved afgivelsen af buddet, hvordan risiciene var fordelt mellem forsikringsselskaberne med henblik på at nå målet om en fuldstændig dækning. Ved brev af 14. februar 2014 underrettede Marsh Kommissionen om, at et af de forsikringsselskaber, der skulle deltage i dets bud – AIG – havde nægtet at underskrive aftalen. Efter dette frafald foreslog Marsh en ny risikofordeling, hvor den samlede pris for det valgte bud ikke blev ændret. AIG's forholdsmæssige andel af dækningen blev således dækket dels ved at forhøje de resterende forsikringsselskabers andele, dels ved at overdrage en del af denne forholdsmæssige andel til to nye forsikringsselskaber, som ikke var blandt de selskaber, der oprindeligt var nævnt i Marshs bud.

97 På det tidspunkt, hvor Marsh både skulle genforhandle om forhøjelsen af den forholdsmæssige andel for de forsikringsselskaber, der havde givet fuldmagt til Marsh, og forhandle om deltagelsen af to nye forsikringsselskaber, var det konkurrerende bud derfor kendt, og det var også sikkert, at kontrakten var gået til Marsh. Hvis de forsikringsselskaber, der havde givet fuldmagt til Marsh, skulle have overtaget en større forholdsmæssig andel og dermed påtaget sig en større risiko på tidspunktet for afgivelsen af det oprindelige bud, hvor de ikke vidste, om de ville få tildelt kontrakten, er det imidlertid sandsynligt, at de ud fra et økonomisk hensyn ville have forlangt en modydelse i form af et større vederlag. Det kunne have resulteret i en højere budpris. Hvis Marsh skulle have forhandlet om to nye forsikringsselskabers deltagelse i buddet på et tidspunkt, hvor prisen for det konkurrerende bud ikke var kendt, og hvor det heller ikke var sikkert, at Marsh ville vinde udbuddet, kunne det ligeledes have resulteret i, at selskabet havde foreslået en højere samlet budpris. I det foreliggende tilfælde kunne de to nye forsikringsselskaber til gengæld ikke være i tvivl om, hvilket vederlag de maksimalt kunne opnå, på det tidspunkt, hvor de gav deres tilsagn til Marsh.

98 Selv om den samlede pris for det valgte bud faktisk ikke ændrede sig i forhold til Kommissionen, var det derfor klart, at vilkårene for forhandlingerne mellem tilbudsgiveren og forsikringsselskaberne havde ændret sig.

99 Det følger heraf, at det, når en mægler får mulighed for at deltage i et udbud som enkeltstående tilbudsgiver med bemyndigelse fra forsikringsselskaberne, resulterer i, 1) at bedømmelsesudvalgets kontrol af buddet i forhold til de opstillede udbudsbetingelser bliver illusorisk, 2) at mægleren i givet fald opnår en konkurrencefordel i forhold til de andre tilbudsgivere, og 3) at mægleren som enkeltstående tilbudsgiver behandles gunstigere end f.eks. en konkurrent, der afgiver et fælles bud sammen med et eller to forsikringsselskaber.

100 Kommissionens fortolkning af udbudsbetingelserne, som ikke udelukker mæglere, der er de eneste tilbudsgivere, strider således ikke bare mod udbudsbestemmelserne, men også mod ordningens opbygning. Sagsøgeren har derfor ret i påstanden om, at det var ulovligt, at Marsh deltog i udbuddet som mægler og eneste tilbudsgiver.

101 Efter denne konklusion, der vedrører udbuddets indhold og logik, skal det undersøges, om Kommissionen i det foreliggende tilfælde desuden, som sagsøgeren har påpeget i replikken, har tilsidesat ligebehandlingsprincippet i forbindelse med sin korrespondance med Marsh efter budåbningen.

– Tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet i forbindelse med korrespondancen mellem Kommissionen og Marsh efter budåbningen

102 Det fremgår af den retspraksis, der er nævnt i præmis 64 og 65 ovenfor, at den ordregivende myndighed skal behandle alle tilbudsgivere ens, og at den til dette formål skal kontrollere, om buddene overholder udbudskravene. Den ordregivende myndighed må ikke antage et bud og underskrive en aftale, hvis den har grund til at tro, eller det er sandsynligt, at det bud, som den undersøger eller allerede har valgt, ikke overholder udbudskravene.

103 Der bør i denne forbindelse ses på den korrespondance mellem Marsh og Kommissionen, der indgår i sagsakterne, og navnlig på de oplysninger, som Kommissionen fremlagde som svar på foranstaltningen med henblik på sagens tilrettelæggelse af 11. september 2014.

104 Den 25. oktober 2013 afgav Marsh sit bud til Kommissionen som enkeltstående tilbudsgiver.

105 Dette bud indeholdt tro og love-erklæringer fra seks forsikringsselskaber, hvori de enkelte selskaber tilsluttede sig indholdet af Marshs bud, angav deres forholdsmæssige andel af forsikringsdækningen i forbindelse med kontrakten og oplyste, at de ville overholde samtlige bestemmelser i specifikationerne for kontrakten »for deres respektive andel«. En af disse erklæringer – der stammede fra AIG – indeholdt følgende håndskrevne anmærkning:

»Med undtagelse af klausulen om solidarisk hæftelse […]. Vi kan ikke acceptere denne klausul.« [»except concerning the solidarity clause (annexe IV, p. 9, point 1). We do not accept this clause«].

106 I den tekniske del af buddet oplyste Marsh, at eftersom selskabet selv (som mægler og tilbudsgiver) og de forsikringsselskaber, som det foreslog, »ikke [udgjorde] en sammenslutning eller [indgik] i et underkontrahentforhold, [fandt] visse regler i bilag IV [til opfordringen til at afgive bud] såsom reglen om forsikringsselskabernes solidariske ansvar ikke anvendelse på den foreliggende kontrakt«.

107 Kommissionen bekræftede modtagelsen af Marshs bud ved telefax af 13. november 2013. I denne telefax fremsatte Kommissionen ingen bemærkninger eller krav vedrørende de dokumenter og anmærkninger om forsikringsselskabernes forpligtelser, der var indeholdt i Marshs bud.

108 Kommissionen underrettede blot Marsh om, at selskabets bud (i andre henseender) ikke var ledsaget af alle de krævede dokumenter og oplysninger (teknisk kapacitet, tidligere forsikringsreferencer og forsikrede arealer). Marsh fremlagde de ønskede oplysninger ved telefaxer af 15. og 18. november 2013.

109 Ved telefax af 27. november 2013 underrettede Kommissionen Marsh om, at der var behov for supplerende oplysninger om selskabets bud.

110 I denne telefax oplyste Kommissionen, at »den ordregivende myndighed har taget til efterretning, at [afsnit] 3 i bilag IV til opfordringen til at afgive bud ikke [fandt] anvendelse, da der ikke [var] tale om et fælles bud eller et bud afgivet af en sammenslutning af virksomheder«.

111 Kommissionen oplyste, at den ordregivende myndighed havde noteret, at Marshs bud foreslog en fuldstændig dækning af de omfattede risici, men at der var fundet en uoverensstemmelse i de forholdsmæssige andele af dækningen for to forsikringsselskaber. For at fjerne denne uoverensstemmelse bad Kommissionen Marsh om at fremsende de rettede fuldmagter, som skulle undertegnes af de forskellige forsikringsselskaber og angive de enkelte selskabers deltagelse.

112 I forbindelse med denne rettelse anmodede Kommissionen – hvilket har særlig betydning for den foreliggende sag – Marsh om at »bekræfte, at de risici, der skal forsikres, dækkes fuldt ud, og at alle de involverede forsikringsselskaber hæfter solidarisk i overensstemmelse med side 1, sidste afsnit, i udkastet til rammeaftalen«.

113 Ved telefax af 28. november 2013 svarede Marsh, at selskabet »gerne [ville] have præciseret, hvad der i udkastet til rammeaftalen menes med, at *alle de involverede forsikringsselskaber hæfter solidarisk*« (Marshs fremhævelse).

114 Marsh oplyste, at »henset til forsikringspraksis vedrørende bud, hvor der optræder en ledende assurandør og flere coassurandører, forstår [selskabet] dette begreb således, at alle de udpegede coassurandører bemyndiger den ledende assurandør til at handle på deres vegne i forbindelse med alle transaktioner vedrørende aftalen«. Marsh oplyste, at »dette [bl.a.] omfatter […] erklæringer, ændringer, skadesanmeldelser, forhandling, regulering og erstatning for skaden samt omkostninger i forbindelse hermed, alle retlige foranstaltninger og udøvelse af enhver ret til subrogation og anlæggelse af søgsmål«, og at »[d]et forventes endvidere, at samtlige coassurandører automatisk og endegyldigt retter sig efter enhver beslutning eller foranstaltning, der træffes af den ledende assurandør, og som indebærer enstemmigt samtykke fra alle de forsikringsselskaber, der deltager i kontrakten«. Marsh bad derfor Kommissionen om at bekræfte, at dette var korrekt forstået.

115 Ved telefax af 2. december 2013 meddelte Kommissionen, at den »gerne [ville] komme med følgende præcisering for at svare på [Marshs] spørgsmål«:

»Der gøres indledningsvis opmærksom på, at den fremtidige kontrahent vil blive pålagt en resultatforpligtelse i den forstand, at kontrahenten i henhold til bestemmelserne i udbudsbetingelserne skal levere en vedvarende forsikring (med fuldstændig dækning) i hele kontraktperioden.

Det påhviler i denne forbindelse tilbudsgiveren at træffe de praktiske foranstaltninger, der er nødvendige for at gennemføre aftalen, f.eks. ved brug af de metoder, der er beskrevet i Deres brev.

Hvad angår begrebet solidarisk hæftelse henvises til definitionen i artikel 5.1 i de tekniske specifikationer (jf. nedenfor).

Som De kan se, stilles der i denne artikel ingen særlige krav vedrørende reglerne for de ledende assurandørers, mæglernes eller coassurandørernes gennemførelse og styring af aftalen.

*»**5.1 Almindelige bestemmelser** Aftalens gennemførelse indledes på det tidspunkt, hvor den træder i kraft, jf. artikel 1.2.1 i aftaleudkastet. Hvis det vindende bud afgives af flere solidariske forsikringsselskaber, der indgår i et konsortium, eller af flere forsikringsselskaber, der indgår i et konsortium og repræsenteres af en ledende solidarisk assurandør, skal aftalen undertegnes af samtlige forsikringsselskaber. Tilbudsgiveren garanterer i så fald, at den ordregivende myndighed forsikres fuldt ud (ydes fuld dækning) og vedvarende i hele aftaleperioden. Hvis tilbudsgiveren er en ledende assurandør, fungerer denne assurandør som kontaktpunkt for den ordregivende myndighed og som kontraktansvarlig under aftalens gennemførelse. **Hvis det vindende bud afgives af flere solidariske forsikringsselskaber, der indgår i et konsortium og repræsenteres af en mægler, skal aftalen undertegnes i fællesskab af samtlige forsikringsselskaber og af mægleren**. Tilbudsgiveren/-erne skal i så fald også garantere, at den ordregivende myndighed forsikres fuldt ud (ydes fuld dækning) og*

vedvarende i hele aftaleperioden. Mægleren fungerer i dette tilfælde som kontaktpunkt for den ordregivende myndighed og som kontraktansvarlig under aftalen gennemførelse. Mægleren aflønnes direkte af forsikringsselskabet/-erne. Mægleren kan modtage præmieindbetalinger og optræde som formidler i forbindelse med skadesudbetalinger.«

Jeg opfordrer Dem på denne baggrund til at bekræfte, at De overholder klausulen om solidarisk hæftelse som defineret ovenfor og på side 1 i udkastet til rammeaftalen« (Kommissionens fremhævelse og kursivering).

116 Ved e-mail af 6. december 2013 oplyste Marsh, at selskabet »desværre […] endnu ikke [havde] forstået tilstrækkeligt, hvilket tilsagn [Kommissionen] bad [det] om at give« vedrørende spørgsmålet om forsikringsselskabernes solidariske ansvar.

117 Marsh anførte videre, at »spørgsmålet var for vigtigt til ikke at tage sig den tid, der var nødvendig for at sikre en korrekt forståelse – hos begge parter – af de aftalebestemmelser, som [selskabet skulle] overholde«. Marsh bad om en samtale med henblik på at »drøfte den gensidige forståelse af denne klausul om solidarisk hæftelse« og meddelte, at denne samtale »straks [ville] blive efterfulgt af [selskabets] endelige svar […] om dette tilsagn, og uden tvivl [ville] gøre det muligt [for selskabet] at få klarhed over de begreber, der i øjeblikket [forhindrede] [selskabet] i at give [Kommissionen] et svar«.

118 Marsh bemærkede desuden følgende:

»Det må som nævnt i vores anmodning af 28. november 2013 ikke glemmes, at Marsh kun afgav bud som mægler og ikke som sammenslutning eller konsortium og ikke afgav bud i fællesskab med et eller flere forsikringsselskaber (der heller ikke indgik i en sammenslutning). Dette princip, som De har anerkendt i Deres telefax af 27. november 2013, er ikke nævnt i artikel 5.1 i reglerne for kontraktens gennemførelse, som de henviste til i Deres seneste telefax (ingen af de to beskrevne situationer svarer til den, der er omhandlet i vores bud), selv om det foreliggende bud faktisk er rettet mod forsikringsselskaber og mæglere.

Den omstændighed, at Marsh har afgivet et bud som enkeltstående tilbudsgiver, og at forsikringsselskaberne har forpligtet sig til at yde fuld dækning, forudsætter ikke og kan efter vores opfattelse ikke sidestilles med en sammenslutning som omhandlet i artikel 5.1, som kræver et samlet bud fra alle medlemmer af af sammenslutningen, hvor de alle bliver tilbudsgivere i kraft af deres solidariske hæftelse.

Denne forskel understreger behovet for at få bekræftet, om forsikringsselskaberne skal hæfte solidarisk eller ej.

Vi vil også gerne have præciseret, om Marsh som enkeltstående tilbudsgiver betragtes som (den eneste?) kontrahent, velvidende at en kontrahent defineres som »det forsikringsselskab eller den forsikringsvirksomhed, som aftalen indgås med […]«. Eller betragter De ikke denne (eneste) tilbudsgiver som coassurandør (da der er tale om en mægler), hvilket ville synes at komplicere sagen yderligere i retlig henseende?

Hvad menes der i øvrigt præcist med begrebet solidarisk ansvar i betragtning af, at det f.eks. følger af artikel 47 i loi de contrôle du 9 juillet 1979 (telle qu'amendée) (transposition de directives européennes) (kontrolloven af 9.7.1979 om gennemførelse af fællesskabsdirektiver, med senere ændringer), at [Financial Services and Markets Authority] under alle omstændigheder kan pålægge saneringsforanstaltninger, der berører tredjemands rettigheder (et forsikringsselskabs kreditorer)? [Financial Services and Markets Authority] kan ved vurderingen af et belgisk forsikringsselskabs finansielle situation pålægge saneringsforanstaltninger, der berører den solidariske hæftelse, f.eks. fordi en solidarisk hæftelse bringer forsikringsselskabets almindelige og egne forpligtelser i fare.«

119 Ved telefax af 18. december 2013 svarede Kommissionen, at det ikke var muligt at afholde det ønskede møde, da denne form for kontakt ikke var tilladt. Kommissionen meddelte, at »med hensyn til [Marshs] spørgsmål om solidarisk ansvar […] kunne [den] præcisere følgende«:

»Det skal påpeges, at formålet med det foreliggende udbud er at indgå forsikringsaftaler for hvert parti i udbuddet i overensstemmelse med de regler, der er fastsat i udbudsmaterialet. Der er tale om direkte forsikringsaftaler, som skal dække de ordregivende myndigheders aktiver eller forpligtelser fra det tidspunkt, hvor de indgås, og der skal ikke undertegnes nogen forsikringspolice efterfølgende. Det fremgår herved af artikel 5.1 i de tekniske specifikationer, at »aftalens gennemførelse indledes på det tidspunkt, hvor den træder i kraft, jf. artikel 1.2.1 i aftaleudkastet«.

Det ville imidlertid ligge uden for rammerne af de forpligtelser, som en mægler lovligt kan påtage sig, hvis mægleren blot skulle underskrive en forsikringsaftale i sit eget navn, men forsikringsselskaberne ikke skulle hæfte solidarisk. Det er grunden til, at en sådan situation ikke er nævnt i den foreliggende kontrakt.

Det fremgår derfor af udbudsmaterialet, at aftalerne skal undertegnes af forsikringsselskaberne og i givet fald af mægleren i overensstemmelse med reglerne i artikel 5.1 i de tekniske specifikationer. De kontraherende parters ansvar vil i dette tilfælde være et solidarisk ansvar som beskrevet i den standardaftale, der er knyttet som bilag til udbudsbetingelserne.

Som det også fremgår af vores telefax af 27. november 2013, tilkommer det tilbudsgiveren at træffe de praktiske foranstaltninger, der er nødvendige for at gennemføre aftalen, og at fordele opgaverne mellem de forskellige forsikringsselskaber for at sikre, at aftalen gennemføres tilfredsstillende. Den/de fremtidige tilbudsgivere pålægges således en resultatforpligtelse i den forstand, at de i henhold til bestemmelserne i udbudsbetingelserne skal levere en vedvarende forsikring (med fuldstændig dækning) i hele aftaleperioden. Den solidariske hæftelse udgør i denne sammenhæng en yderligere garanti for de ordregivende myndigheder i tilfælde af misligholdelse af aftalen, men indebærer ikke, at de kontraherende parter pålægges andre forpligtelser i forbindelse med gennemførelsen.

Jeg opfordrer Dem på denne baggrund til at bekræfte, at De overholder klausulen om solidarisk hæftelse som defineret i udbudsmaterialet og navnlig på side 1 i udkastet til rammeaftalen og som præciseret ovenfor.

Jeg har i øvrigt noteret, at De i deres skrivelse oplyser, at De har fået fuldmagter fra forsikringsselskaberne, som bekræfter den fulde dækning. Jeg vil gerne bede Dem om at sende disse fuldmagter til os.«

120 Ved telefax af 24. december 2013 svarede Marsh følgende:

»På grundlag af de uddybende oplysninger, der er indeholdt i denne telefax – bl.a. at den solidariske hæftelse udgør en yderligere garanti for de ordregivende myndigheder i tilfælde af misligholdelse af aftalen, men ikke indebærer, at de kontraherende parter pålægges andre forpligtelser i forbindelse med gennemførelsen – bekræfter vi hermed, at vi vil yde en fuldstændig dækning.

Vi har i denne forbindelse vedlagt undertegnede fuldmagter fra forsikringsselskaberne, hvori de hver især bekræfter, at der sikres en fuldstændig dækning. De seks undertegnede fuldmagter bekræfter således »tilsammen«, at der sikres en fuldstændig dækning i hele aftaleperioden.

Denne konstruktion (der som bekendt svarer til konstruktionen i den nuværende tværinstitutionelle aftale) indebærer, at Marsh afgiver et bud, som omfatter seks forsikringsselskaber, der deltager som coassurandører inden for de rammer, vi har angivet klart i skemaerne i de undertegnede fuldmagter.

Som vi tidligere har præciseret, indgår disse forsikringsselskaber ikke i en sammenslutning sammen med Marsh eller med hinanden.

Da forsikringsselskaberne ikke indgår i en sammenslutning, har de erklæret, at de vil overholde alle udbudsbestemmelser for den del af aftalen, som de skal gennemføre (»I declare that xxx will comply with all the terms of the tender specifications, for the part of the contract xxx will perform«).

Disse erklæringer tilgodeser efter vores opfattelse de ordregivende myndigheders anmodninger om garantier for aftalens tilfredsstillende gennemførelse. Selv om der fra begge sider er gjort bestræbelser på at skabe øget forståelse og klarhed, er vi imidlertid ikke overbevist om at vi opfylder aftalekravene, for så vidt som kravet om solidarisk hæftelse, sådan som De synes at fortolke det, ikke anerkendes af forsikringsselskaberne Dette krav kan således medføre, at det enkelte forsikringsselskab ikke kun skal hæfte for den del af aftalen, som det skal gennemføre, men for hele aftalen, hvilket strider mod princippet om coassurance, hvor der skal sikres en dækning på 100% og ikke på 600%.

Af hensyn til Deres målsætning med at pålægge forsikringsselskaberne at hæfte solidarisk, kan vi bekræfte, at vi har bedt de enkelte forsikringsselskaber om at forpligte sig til at gennemføre deres del af aftalen fuldt ud, hvilket de har accepteret. De behøver derfor hverken i faktisk eller i retlig henseende at stille krav om solidarisk hæftelse.

Vi vil sætte pris på Deres endelige præcisering af dette spørgsmål.«

121 Ved telefax af 8. januar 2014 takkede Kommissionen sagsøgeren for de præciseringer og oplysninger, der var indeholdt i skrivelsen af 24. december 2013. Den bad desuden sagsøgeren om at præcisere følgende:

»Som det tidligere er blevet præciseret, skal tilsagnet fra Deres selskab og fra de forsikringsselskaber, hvis fuldmagter er vedlagt Deres bud, bekræftes ved underskrivelsen af den forsikringsaftale, der er knyttet som bilag til udbudsbetingelserne.

Det spiller på dette trin ingen rolle, om buddet er afgivet individuelt eller af en sammenslutning af tilbudsgivere, eftersom forsikringsaftalen skal undertegnes af forsikringsselskaberne, der ved deres fuldmagt bekræfter, at aftalen vil blive gennemført, såfremt det er dette bud, der vælges. Det fremgår ikke klart af Deres skrivelse, om dette er tilfældet.

Jeg vil derfor bede Dem om at bekræfte, at aftalen i givet fald vil blive undertegnet både af Deres selskab og af de coassurandører, der medvirker i Deres bud.«

122 Marshs e-mail af 10. januar 2014 indeholdt følgende svar:

»[V]i bekræfter hermed, at Marsh og de coassurandører, der medvirker i vores bud (og hvis mandater blev bekræftet på ny i vores skrivelse af 24. december 2013), vil undertegne den forsikringsaftale, der er knyttet som bilag til udbudsbetingelserne, hvis vi vinder udbuddet, forudsat at vores oprindelige bud, de indeholdte fuldmagter og de forskellige supplerende og uddybende dokumenter, bl.a. vedrørende det solidariske ansvar, bliver en integrerende del af kontrakten.

Hvad nærmere angår forsikringsaftalens side 1 fremgår det jo af vores tidligere korrespondance, at forsikringsselskaberne i de fuldmagter, der er vedlagt vores bud, har erklæret, at de vil overholde alle udbudsbestemmelser for den del af aftalen, som de gennemfører (»I declare that xxx will comply with all the terms of the tender specifications, for the part of the contract xxx will perform«).

Vi håber, at dette besvarer Deres spørgsmål fyldestgørende.«

123 Bedømmelsesudvalget fastslog i sin rapport af 13. januar 2014, at Marsh henset til samtlige besvarelser overholdt de ikke-udelukkelses- og udvælgelseskriterier, der var angivet i udbudsbekendtgørelsen. Med hensyn til den økonomiske bedømmelse fandt bedømmelsesudvalget, at Marsh havde leveret de ønskede præciseringer og dokumenter, og at selskabets bud for parti 1 efter tilbudsgiverens præciseringer var foreneligt med bestemmelserne i udbudsbetingelserne og kunne antages til økonomisk bedømmelse.

124 Den 30. januar 2014 vedtog Kommissionen den anfægtede afgørelse.

125 Det fremgår imidlertid af ovenstående beskrivelse af korrespondancen mellem Marsh og Kommissionen, at Kommissionen hurtigt burde have indset, at Marshs bud af 25. oktober 2013 ikke var afgivet – eller beregnet – på grundlag af en solidarisk hæftelse, dvs. et tilsagn fra de enkelte forsikringsselskaber om, at de i givet fald ville sikre den samlede forsikringsdækning.

126 Kommissionen burde efter modtagelsen af Marshs telefax af 24. december 2013 (jf. præmis 120 ovenfor) og e-mailen af 10. januar 2014 (jf. præmis 122 ovenfor) have fastslået, at Marshs bud – hvilket Marsh selv indrømmede – udelukkende var baseret på, at forsikringsselskaberne hver især hæftede for deres forholdsmæssige andel. Kommissionen burde derfor have konstateret, at Marshs bud ikke overholdt udbudskravene, og konkluderet, at det ville være i strid med princippet om ligebehandling af den anden tilbudsgiver at underskrive aftalen med Marsh.

127 Selv om forsikringsdækningen i den aftale, der blev undertegnet af Kommissionen, Marsh og de forsikringsselskaber, som Marsh endte med at foreslå, efter at AIG var udgået og blevet erstattet af to andre forsikringsselskaber, endelig indebar, at forsikringsselskaberne skulle hæfte solidarisk, rokker det ikke ved konklusionen i præmis 126 ovenfor. Denne udvikling bekræfter tværtimod, hvad der fremgik af korrespondancen forud for den anfægtede afgørelse.

128 Det skal understreges, at det i den foreliggende sag ikke er afgørende, at den forsikringsdækning, som Marsh og forsikringsselskaberne endte med at tilbyde, efter denne udvikling blev baseret på solidarisk hæftelse som krævet i udbudsbetingelserne, og at prisen i Marshs bud af 25. oktober 2013 ikke blev ændret, men at det bud, som Marsh havde afgivet, ikke var baseret på solidarisk hæftelse og derfor ikke var udformet i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

129 Kommissionen har påberåbt sig en række usædvanlige omstændigheder, bl.a. at fuldmagten fra AIG, der er nævnt i præmis 105 ovenfor, indeholdt en skriftlig anmærkning (»Med undtagelse af klausulen om solidarisk hæftelse […]. Vi kan ikke acceptere denne klausul.«), men at den fuldmagt fra AIG, der blev fremsendt senere, ikke indeholdt denne anmærkning (jf. præmis 120 ovenfor). Dette ændrer imidlertid ikke ved den omstændighed, at Kommissionen ikke kunne være i tvivl om, at Marshs bud ikke overholdt kravet om solidarisk hæftelse.

130 Selv om Kommissionen efter anmodning fra Kommissionen efterfølgende sendte en fuldmagt fra AIG, som ikke længere indeholdt denne håndskrevne anmærkning, var der stadig fastsat en grænse for forsikringsselskabets økonomiske engagement i denne fuldmagt, og forsikringsselskabet forpligtede sig til at overholde udbudsbestemmelserne »for den del af aftalen, som de skal gennemføre« (for the part of the contract it will perform). Selv om den håndskrevne anmærkning, der er nævnt i præmis 129 ovenfor, blev fjernet, betød det således ikke, at AIG havde opgivet sin modstand mod den solidariske hæftelse.

131 Hertil kommer nok så vigtigt, at fuldmagten fra AIG uden den håndskrevne anmærkning (sammen med de fem andre enslydende fuldmagter fra de fem andre forsikringsselskaber, som Marsh foreslog) var knyttet som bilag til Marshs brev af 24. december 2013. Det fremgik imidlertid udtrykkeligt af ordlyden af dette brev (jf. præmis 120 ovenfor), at forsikringsselskaberne ikke hæftede solidarisk. Kommissionen kunne ikke nære rimelig tvivl om dette efter at have læst brevet. Ret beset burde den omstændighed, at den håndskrevne anmærkning forsvandt, hvilket gjorde samtlige fuldmagter fra de

forsikringsselskaber, som Marsh foreslog (der alle indeholdt bemærkningen om, at forsikringstagerne forpligtede sig »for den del af aftalen, som de skal gennemføre«) ens, sammenholdt med oplysningerne i brevet af 24. december 2013, også have overbevist Kommissionen om, at der var et problem med den solidariske hæftelse i forbindelse med Marshs bud.

132 I forlængelse af brevet af 24. december 2013 gjorde e-mailen af 10. januar 2014 (jf. præmis 122 ovenfor) det endelig endnu mere klart for Kommissionen, at forsikringsselskaberne i Marshs bud ikke skulle hæfte solidarisk. Kommissionen kunne derfor ikke være uvidende om, at dette bud ikke var forskriftsmæssigt, og at det var baseret et andet økonomisk grundlag end sagsøgerens bud. Det var derfor i klar modstrid med ligebehandlingsprincippet, at Kommissionen fortsatte korrespondancen med Marsh og vedtog den anfægtede afgørelse i stedet for at fastslå, at Marshs bud ikke var forskriftsmæssigt, og at det måtte afvises.

133 Det følger af det ovenfor anførte, at det eneste annullationsanbringendes første led skal tages til følge.

Anbringendets andet led om tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet som følge af ændringen af Marshs bud efter budåbningen

134 Sagsøgeren har gjort gældende, at sammensætningen af det konsortium, som Marsh havde oprettet, blev ændret efter åbningen af buddene. Mindst ét af forsikringsselskaberne – AIG – der havde nægtet at hæfte solidarisk for kontraktens gennemførelse, var således blevet udelukket.

135 Når sammensætningen af det konsortium, som Marsh havde oprettet, blev ændret efter budåbningen, kunne det ikke betegnes som en »præcisering« af buddets indhold eller som en »rettelse af en materiel fejl« som omhandlet i gennemførelsesforordningens artikel 160, stk. 3. Ved at tillade denne ændring tilsidesatte Kommissionen princippet om ligebehandling af tilbudsgivere, sammenholdt med finansforordningens artikel 112, stk. 1, og gennemførelsesforordningens artikel 160.

136 Det er endelig åbenbart, at den administrative procedure ville have fået et andet udfald, hvis der ikke havde været denne uregelmæssighed i forbindelse med kontraktens tildeling. Hvis Kommissionen havde afvist Marshs bud, fordi det ikke var forskriftsmæssigt, var kontrakten gået til sagsøgeren, som var den eneste anden virksomhed, der havde deltaget i udbuddet, og hvis bud var forskriftsmæssigt.

137 I replikken har sagsøgeren på grundlag af nye oplysninger gjort gældende, at de ulovlige ændringer af Marshs bud faldt i tre kategorier.

138 For det første var identiteten af de forsikringsselskaber, der havde givet fuldmagt til Marsh, og deres økonomiske situation ikke blot en praktisk foranstaltning, der var nødvendig for at gennemføre aftalen. Det udgjorde en ulovlig ændring af buddet, da AIG blev udskiftet med andre forsikringsselskaber efter budåbningen.

139 For det andet blev den samlede pris for Marshs bud ganske vist ikke ændret, men betingelserne for forhandlingerne mellem Marsh og de eksisterende og nye forsikringsselskaber var uden tvivl anderledes end før afgivelsen af buddet, eftersom den pris, som sagsøgeren havde foreslået, nu var kendt, og forsikringsselskaberne var sikre på, at kontrakten ville blive tildelt Marsh. Det gav i denne forbindelse Marsh en konkurrencefordel, at AIG blev udelukket, og at der blev foreslået nye forholdsmæssige andele for forsikringsselskaberne.

140 For det tredje gav Kommissionen Marsh mulighed for at »konvertere« det bud, som selskabet havde afgivet ulovligt som enkeltstående og uden solidarisk hæftelse, til et bud baseret på solidarisk hæftelse. Da forsikringsselskaberne udtrykkeligt nægtede at hæfte solidarisk og kun forpligtede sig for deres del af aftalen, kunne Kommissionen ikke kontakte Marsh for at bede om »præciseringer« eller efterfølgende »rettelser«.

141 Kommissionen godtog dokumenter og væsentlige ændringer af Marshs bud efter budåbningen og tilsidesatte dermed den grundlæggende regel om, at kontrakten skal tildeles på grundlag af de bud, der er afgivet inden for de fastsatte frister, og ikke på grundlag af efterfølgende omstændigheder.

142 Kommissionen har bestridt sagsøgerens synspunkter.

143 For det første optrådte Marsh som mægler og eneste tilbudsgiver og ikke som konsortium. Der var derfor ikke sket nogen »ændring af konsortiet«.

144 For det andet fandt kontakterne mellem Kommissionen og tilbudsgiverne (både Marsh og sagsøgeren) sted, inden der blev truffet afgørelse om tildeling af kontrakten, og i fuld overensstemmelse med de gældende bestemmelser om offentlige kontrakter. For Marshs vedkommende var der tale om anmodninger om supplerende dokumentation vedrørende udvælgelseskriterierne, rettelse af de materielle fejl, der var konstateret, og præcisering af visse forpligtelser, der var fastsat i udbudsbetingelserne, hvilket var i klar overensstemmelse med gennemførelsesforordningens artikel 158, stk. 3, og artikel 160, stk. 3. Der skete ingen ændring af vilkårene i Marshs bud – fuld dækning af de risici, der var beskrevet i udbudsbetingelserne, og budprisen.

145 For det tredje nægtede AIG, som både var et af de forsikringsselskaber, der oprindeligt havde givet Marsh fuldmagt for aftalen, og var tilknyttet sagsøgeren – efter at Marshs bud var blevet udvalgt, og Marsh havde modtaget to eksemplarer af aftaleudkastet til underskrift – at underskrive denne aftale som krævet i udbudsbetingelserne. I modsætning til det af sagsøgeren anførte, var der imidlertid ikke noget forsikringsselskab, der blev »udelukket« af Kommissionen eller Marsh. Det var forsikringsselskabet selv, der nægtede at underskrive forsikringsaftalen.

146 Kommissionen har anført, at det tilkom Marsh, som havde afgivet bud som mægler og eneste tilbudsgiver, at træffe de praktiske foranstaltninger, der var nødvendige for at gennemføre aftalen, og at fordele opgaverne mellem de forskellige forsikringsselskaber for at sikre, at aftalen blev gennemført tilfredsstillende, men at Marsh ikke måtte ændre vilkårene i sit bud. Marsh foreslog derfor (hvilket Kommissionen accepterede), at AIG blev erstattet af de andre forsikringsselskaber, der allerede havde givet selskabet fuldmagt, og af to nye forsikringsselskaber. Det gjorde det muligt at underskrive forsikringsaftalen den 27. februar 2014.

147 Det skal herved påpeges, at udskiftningen af AIG ikke medførte ændringer af kontraktbetingelserne eller indholdet af det oprindelige bud, hvilket er forbudt ifølge finansforordningens artikel 112, stk. 1, eftersom Marsh afgav bud som enkeltstående tilbudsgiver, Marsh selv opfyldte udvælgelseskriterierne, vilkårene i buddet (den fulde dækning og prisen) ikke blev ændret, og den aftale, der blev undertegnet af Marsh og forsikringsselskaberne, var i fuld overensstemmelse (og faktisk identisk) med det aftaleudkast, der var en del af udbudsbetingelserne.

148 Det skal i øvrigt bemærkes, at den valgte tilbudsgiver, selv efter at aftalen var undertegnet og trådt i kraft, var forpligtet til at gennemføre den i overensstemmelse med sit bud og udbudsbetingelserne. Hvis et af de forsikringsselskaber, der havde undertegnet aftalen, trådte ud af denne aftale eller ikke overholdt den, var tilbudsgiveren forpligtet til at foreslå Kommissionen en ny deltager, uden at det medførte en ændring af dennes bud og af udbudsbetingelserne. Sagsøgeren tog selv højde for udskiftningen af et forsikringsselskab, der indgik i dennes sammenslutning, med bestemmelsen om, at »[s]åfremt forsikringsselskabet på grund af omstændigheder, som vi ikke har indflydelse på, ser sig nødsaget til at ophæve policen, træffer Vanbreda de fornødne forholdsregler, således at dækningen kan sikres på de oprindeligt aftalte betingelser«.

149 I duplikken har Kommissionen med hensyn til argumenterne om, at den i tre henseender (forsikringsselskabernes identitet og forholdsmæssige andele og buddets karakter) ændrede Marshs bud på ulovlig vis, henvist til svarskriftet og præciseret følgende. Udskiftningen af et af forsikringsselskaberne medførte ingen ændring af vilkårene i buddet (den fulde dækning,

forsikringsselskabernes solidariske hæftelse og prisen). De forholdsmæssige andele var relateret til det interne forhold mellem de forsikringsselskaber, der havde bemyndiget Marsh til at gennemføre aftalen, og ikke til udbuddet. Med hensyn til den påståede konvertering af det individuelle bud, som var afgivet uden solidarisk hæftelse, til et fælles bud baseret på solidarisk hæftelse har Kommissionen henvist til sin redegørelse for den manglende konvertering.

150 Ifølge finansforordningens artikel 112, stk. 1, skal eventuelle kontakter mellem den ordregivende myndighed og ansøgerne eller tilbudsgiverne under hele udbudsproceduren foregå på en måde, der sikrer gennemsigtighed og ligebehandling. Sådanne kontakter kan ikke medføre ændring af kontraktbetingelserne eller indholdet af det oprindelige bud.

151 Ifølge gennemførelsesforordningens artikel 160 er kontakt mellem den ordregivende myndighed og tilbudsgiverne under udbudsproceduren undtagelsesvis tilladt. Hvis der efter åbningen af buddene er behov for yderligere præciseringer i forbindelse med et bud, eller hvis indlysende materielle fejl i buddet skal rettes, kan den ordregivende myndighed kontakte tilbudsgiveren, men denne kontakt må ikke føre til en ændring af vilkårene i buddet.

152 Det fremgår i det foreliggende tilfælde af de forhold, der er undersøgt i forbindelse med det eneste anbringendes første led, at de kontakter, der var mellem Marsh og Kommissionen efter budåbningen, bl.a. vedrørte betingelsen om solidarisk hæftelse, som er en vigtig udbudsbetingelse.

153 Disse kontakter viste, at Marshs bud af 25. oktober 2013 i realiteten ikke var baseret på den solidariske hæftelse, der krævedes i udbudsbetingelserne, og at Marshs budpris derfor ikke kunne være beregnet i overensstemmelse med udbudskravene.

154 Kommissionen tildelte kontrakten til Marsh, selv om den straks burde have draget de nødvendige konsekvenser heraf og undladt at foretage denne tildeling, navnlig for så vidt som tildelingen i det foreliggende tilfælde var baseret på buddet med den laveste pris. Efter at et forsikringsselskab havde nægtet at hæfte solidarisk og at underskrive forsikringsaftalen, blev dette selskab erstattet af to nye forsikringsselskaber, de forholdsmæssige andele blev justeret, og der blev afslutningsvis indgået en aftale mellem Kommissionen på den ene side og Marsh og syv forsikringsselskaber på den anden side.

155 Kommissionen har begrundet denne afgørelse med, at den valgte tilbudsgiver havde forpligtet sig til at foreslå et andet forsikringsselskab, uden at det medførte en ændring af buddet og af udbudsbetingelserne, hvis et af de selskaber, der havde underskrevet aftalen, ikke overholdt denne aftale eller trådte ud af den.

156 Det skal blot bemærkes, at der i det foreliggende tilfælde ikke var tale om en situation, hvor et forsikringsselskab trådte ud af forsikringsaftalen eller ikke overholdt den, efter at den var underskrevet, og hvor tilbudsgiveren faktisk ville være forpligtet til at finde en løsning for at sikre den fortsatte levering af de omhandlede tjenester. Forsikringsselskabet trådte ud af aftalen, før den var underskrevet, hvilket betød, at det var reglerne om indgåelse af offentlige kontrakter, der fandt anvendelse.

157 Det følger heraf, at kontakterne mellem Kommissionen og Marsh reelt medførte en væsentlig ændring af indholdet af Marshs oprindelige bud, hvilket var i strid med de gældende regler for offentlige kontrakter og navnlig med princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne.

158 Det må derfor fastslås, at annullationsanbringendets andet led også skal tages til følge.

Konklusion vedrørende annullationspåstanden

159 Det følger af det ovenfor anførte, at det foreliggende anbringende skal tiltrædes, og at den anfægtede afgørelse skal annulleres, uden at det er fornødent at tage stilling til dette anbringendes tredje led vedrørende tilsidesættelse af gennemsigtighedsprincippet.

Erstatningspåstanden

160 Sagsøgeren mener at have påvist, at Kommissionen begik en række ulovligheder, som hver især eller i hvert fald samlet set kan betragtes som en tilstrækkelig karakteriseret tilsidesættelse af EU-retten.

161 Sagsøgeren har lidt et tab, som består i den fortabte mulighed eller sikkerhed for at vinde udbuddet, tab af reference og ikke-økonomisk skade.

162 Sagsøgeren mener, at dette tab ex aequo et bono kan opgøres til et samlet beløb af 1 000 000 EUR.

163 Det er således åbenbart, at den administrative procedure ville have fået et andet udfald, hvis Kommissionen ikke havde begået denne uregelmæssighed i forbindelse med kontraktens tildeling. Hvis Kommissionen havde afvist Marshs bud, var kontrakten gået til sagsøgeren, som var den eneste anden virksomhed, der havde deltaget i udbuddet og afgivet et bud, der var foreneligt med udbudsbetingelserne.

164 Det er desuden ubestridt, at en kontrakt, der vedrørte aftaler om brandforsikring og dækning af risici i forbindelse med bygningsmassen og dens indhold for alle berørte EU-institutioner, ville være en meget vigtig reference i forbindelse med lignende udbud. Det er ikke kun referencer, men også certifikater for tilfredsstillende udførelse, der kan være afgørende for den tekniske udvælgelse ved fremtidige udbud. Der blev i øvrigt stillet krav om sådanne certifikater i forbindelse med den foreliggende udbudsprocedure. Det siger dog sig selv, at sagsøgeren ikke fik udstedt certifikater for tilfredsstillende udførelse vedrørende denne kontrakt, der omfattede flere EU-institutioner, eftersom denne kontrakt blev tildelt en anden.

165 Det tilsidesatte endelig sagsøgerens berettigede formodninger om at vinde udbuddet og påførte denne en ikke-økonomisk skade, at Kommissionen ikke valgte sagsøgerens bud, selv om det var det eneste forskriftsmæssige bud, der blev afgivet under proceduren.

166 Sagsøgeren har påpeget i replikken, at denne først og fremmest anmoder om naturalopfyldelse af kontrakten. Sagsøgeren kræver således kun fuld og tilsvarende erstatning, såfremt dennes anmodning om opfyldelse ikke efterkommes, inden Retten afsiger dom.

167 Sagsøgeren påstår, at denne allerede har godtgjort Kommissionens fejl tilstrækkeligt. Det pågældende tab er faktisk og reelt. Den retlige mulighed for at indstille udbudsproceduren og indlede en ny procedure var af rent teoretisk karakter i betragtning af de faktiske omstændigheder i sagen. Sagsøgeren ville med stor sandsynlighed blive tildelt kontrakten. Rent økonomisk har kontrakten en værdi af 3 742 000 EUR fordelt over fire år. Sagsøgeren påstår, at denne har lidt ikke-økonomisk skade på grund af tabet af reference og omdømme. Sagsøgeren påstår således, at denne har lidt et tab på 1 000 000 EUR.

168 Kommissionen har bestridt, at den har begået en ulovlighed. Subsidiært har den ikke foretaget en grov og åbenbar overskridelse af grænserne for sine skønsbeføjelser. Det fremgår tværtimod klart af de faktiske omstændigheder i sagen, at den med omhu og i god tro har gjort alt for at sikre, at udbudsproceduren overholdt alle relevante regler, kontrollere, at de modtagne bud var i fuld overensstemmelse med udbudsbetingelserne, og sikre, at den nye forsikringsaftale trådte i kraft rettidigt og garanterede den ordregivende myndighed en fuld dækning.

169 Med hensyn til tabet har sagsøgeren meget kortfattet krævet erstatning for tre former for tab, som denne angiveligt har lidt. Sagsøgeren har ikke påvist, at de påståede tab er faktiske og reelle.

170 Hvad for det første angår den fortabte mulighed for at vinde udbuddet har sagsøgeren intet tabt, eftersom dennes bud ikke var baseret på den laveste pris, og Kommissionen ikke havde nogen grund til at udelukke Marshs bud eller betragte det som ikke-forskriftsmæssigt.

171 Hvad for det andet angår tabet af reference er dette tab ikke faktisk og reelt. Selv om sagsøgeren ikke får en ny reference, kan det ikke som sådan ændre dennes mulighed for at deltage i lignende fremtidige udbud. Det er desuden tale om et hypotetisk tab. Sagsøgeren kan ikke regne med at få et certifikat for tilfredsstillende udførelse, da der kun udstedes et sådant certifikat for den konkrete udførelse af aftalen, hvilket ikke kan garanteres på forhånd.

172 For det tredje har sagsøgeren ikke angivet nogen ikke-økonomisk skade, men blot gjort gældende, at den manglende tildeling var i strid med dennes »berettigede formodninger«. Den ordregivende myndighed har i øvrigt på intet tidspunkt vakt berettiget formodning eller forventning hos sagsøgeren om, at kontrakten ville blive tildelt vedkommende.

173 Kommissionen har i duplikken anført, at den efter anmodning fra sagsøgeren suspenderede aftalen og iværksatte et udbud med forhandling, hvorefter den indgik en aftale med sagsøgeren for højst 18 måneder regnet fra den 17. februar 2015. Der skal tages hensyn til disse faktorer ved beregningen af tabet.

174 De påståede tab er under disse omstændigheder hverken faktiske eller reelle og berører ikke sagsøgeren. Hvis man havde fortolket udbudsbetingelserne snævert eller anset Marshs bud for at være et fælles bud, ville sagsøgerens bud således ikke have været gyldigt.

175 Kommissionen kunne i øvrigt sagtens have indstillet den omtvistede udbudsprocedure.

176 Kommissionen mener også, at det påståede tab er beregnet forkert. Det påståede indtægtstab svarer ikke til tabet for sagsøgeren, der blot er mægler og handler på egne vegne.

177 Med hensyn til den ikke-økonomiske skade, som skyldtes, at kontrakten angiveligt var af ekstraordinær karakter, har Kommissionen anført, at kontrakten ikke var ekstraordinær.

178 I henhold til artikel 340, stk. 2, TEUF skal Unionen for så vidt angår ansvar uden for kontraktforhold i overensstemmelse med de almindelige retsgrundsætninger, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer, erstatte skader forvoldt af dets institutioner eller af dets ansatte under udøvelsen af deres hverv.

179 Ifølge fast retspraksis forudsætter Unionens erstatningsansvar uden for kontraktforhold for retsstridig adfærd udvist af dens organer som omhandlet i den ovennævnte bestemmelse, at tre betingelser er opfyldt, nemlig at den adfærd, der lægges den pågældende EU-institution eller det pågældende EU-organ til last, har været retsstridig, at der foreligger et virkeligt tab, og at der er en årsagsforbindelse mellem denne adfærd og det påståede tab (dom af 29.9.1982, Oleifici Mediterranei mod EØF, 26/81, Sml., EU:C:1982:318, præmis 16, af 9.9.2008, FIAMM m.fl. mod Rådet og Kommissionen, C-120/06 P og C-121/06-P, Sml., EU:C:2008:476, præmis 106 og 164-166, af 9.9.2010, Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen, T-300/07, Sml., EU:T:2010:372, præmis 137, og af 16.10.2014, Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen, T-297/12, EU:T:2014:888, præmis 28). Hvad endvidere angår betingelsen om ulovlig adfærd kræver retspraksis, at det er godtgjort, at der er sket en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse af en retsregel, der har til formål at tillægge borgerne rettigheder. Det afgørende kriterium for, om en tilsidesættelse kan anses for tilstrækkelig kvalificeret, er, om den pågældende EU-institution eller det pågældende EU-organ åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine skønsbeføjelser (jf. i denne retning dom af 4.7.2000, Bergaderm og

Goupil mod Kommissionen, C-352/98 P, Sml., EU:C:2000:361, præmis 42-44, og af 10.12.2002, Kommissionen mod Camar og Tico, C-312/00 P, Sml., EU:C:2002:736, præmis 54, dommen AFCon Management Consultants m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 65 ovenfor, EU:T:2005:107, præmis 93, og dom Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen, EU:T:2014:888, præmis 29).

180 Med hensyn til betingelsen om, at der skal foreligge en ansvarspådragende ulovlighed, skal det bemærkes, at det bl.a. er fastslået, at Kommissionen har tilsidesat princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne. Kommissionen har tilsidesat en retsregel, der har til formål at tillægge borgerne rettigheder, ved at handle i strid med ligebehandlingsprincippet, som det er vigtigt at overholde for at sikre, at en udbudsprocedure er lovlig (jf. i denne retning dom AFCon Management Consultants m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 65 ovenfor, EU:T:2005:107, præmis 91, og af 2.3.2010, Arcelor mod Parlamentet og Rådet, T-16/04, Sml., EU:T:2010:54, præmis 134).

181 Det skal desuden bemærkes, at der i det foreliggende tilfælde er tale om en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse. Kommissionen har således tilsidesat grænserne for sine skønsbeføjelser åbenbart og groft ved at gennemføre udbudsproceduren i forhold til Marsh under de vilkår, der er beskrevet i præmis 102-128 ovenfor og i præmis 151-156 ovenfor.

182 Hvad angår betingelserne om, at der kun kan ydes erstatning, hvis der foreligger et tab, og hvis der er en årsagsforbindelse mellem den pågældende fejl og tabet, har Kommissionen – især med hensyn til årsagsforbindelsen – gjort gældende, at sagsøgerens bud ikke ville have været gyldigt, hvis man havde fortolket udbudsbetingelserne snævert eller anset Marshs bud for at være et fælles bud.

183 Der er to aspekter i denne argumentation.

184 For det første gør Kommissionen med denne argumentation gældende, at den brede fortolkning af udbuddet, som den valgte, og som var årsag til, at et bud fra en mægler, der var den eneste tilbudsgiver, kunne godtages, også var til fordel for sagsøgeren, hvis bud angiveligt ikke kunne anses for at være gyldigt uden denne brede tilgang. Kommissionen mener således, at sagsøgerens bud under alle omstændigheder ville være blevet udelukket, hvis udbuddet var blevet fortolket så snævert, som sagsøgeren argumenterer for. Der er derfor ingen årsagsforbindelse mellem Kommissionens fejl, der i virkeligheden var i sagsøgerens interesse, og afvisningen af sagsøgerens bud.

185 Denne indvending må forkastes.

186 Hvor udbuddets indhold og opbygning (som det blev fastslået ved gennemgangen af det eneste annullationsanbringendes første led) var til hinder for et bud, der blev afgivet af en mægler, som var den eneste tilbudsgiver, var dets indhold og opbygning til gengæld ikke til hinder for et fælles bud, der blev afgivet af en sammenslutning bestående af en mægler og et enkelt forsikringsselskab.

187 Det kunne sagtens tænkes, at et fælles bud især i en situation som her, hvor der var tale om dækning af omfattende risici, ville være mere interessant for en række forsikringsselskaber, der samledes omkring en mægler, end for et enkelt forsikringsselskab, der blev repræsenteret af en mægler. Det forklarer måske, at der flere steder i udbudsmaterialet henvises til »forsikringsselskaber« i flertal, men det berettiger til gengæld ikke, at et bud, der afgives af en sammenslutning bestående af en mægler og et enkelt forsikringsselskab, udelukkes.

188 Det er heller ikke i strid med opbygningen af den ordning, der er omhandlet i udbuddet, at der afgives bud af en sådan sammenslutning. Når et eller flere forsikringsselskaber, der repræsenteres af en mægler, afgiver et fælles bud, er det således klart, at der skal fremlægges oplysninger om hvert medlem af sammenslutningen i forbindelse med udbuddet, hvilket ikke gælder for et bud, der afgives af en mægler, som er den eneste tilbudsgiver.

189 Hvis udbudsbetingelserne fortolkes således, at et fælles bud, som afgives af en sammenslutning bestående af et forsikringsselskab, der repræsenteres af en mægler, vil blive udelukket, hvorimod et bud, som afgives af et forsikringsselskab, der er den eneste tilbudsgiver, eller et fælles bud, som afgives af en sammenslutning bestående af to forsikringsselskaber, der repræsenteres af en mægler, vil blive antaget, vil dette desuden være i strid med ligebehandlingsprincippet, medmindre der foreligger en objektiv begrundelse herfor.

190 Kommissionen har forklaret i duplikken, at den ved udformningen af udbudsbetingelserne forventede at modtage bud fra et enkeltstående forsikringsselskab eller fra flere forsikringsselskaber, der indgik i et konsortium og eventuelt var repræsenteret af en ledende assurandør eller en mægler. Den har imidlertid ikke forklaret eller ikke forklaret overbevisende, hvorfor den ikke forventede, at der blev afgivet et fælles bud fra et forsikringsselskab og en mægler i forbindelse med udbuddet.

191 Det bemærkes endelig for fuldstændighedens skyld, at det med hensyn til fælles bud fremgår af artikel 5.1, tredje afsnit, i de tekniske specifikationer, der vedrører forsikringsaftalens underskrivelse, at »[h]vis det vindende bud afgives af flere solidariske forsikringsselskaber, der indgår i et konsortium og repræsenteres af en mægler, skal aftalen undertegnes i fællesskab af samtlige forsikringsselskaber og af mægleren«. Det fremgår videre af denne bestemmelse, at »[t]ilbudsgiveren/-erne […] i så fald også [skal] garantere, at den ordregivende myndighed forsikres fuldt ud (ydes fuld dækning) og vedvarende i hele aftaleperioden«, og at »[m]ægleren aflønnes direkte af forsikringsselskabet/-erne«. I de tekniske specifikationer defineres »kontrahenten« i øvrigt som »det forsikringsselskab eller den forsikringsvirksomhed, som aftalen indgås med, og som er udpeget hertil i de særlige betingelser«.

192 Brugen af ental (»det eller de forsikringsselskaber« og »det forsikringsselskab eller den forsikringsvirksomhed«) bekræfter den nærmere redegørelse i præmis 185-190 ovenfor, hvorefter et fælles bud, der blev afgivet af en sammenslutning bestående af en mægler og et enkelt forsikringsselskab, ikke var udelukket fra udbuddet.

193 For det andet fremgår det af argumentationen i præmis 182 ovenfor, at sagsøgerens bud ikke ville have været gyldigt, hvis Marshs bud skulle betragtes som et fælles bud, eftersom det samme forsikringsselskab (AIG) ikke kunne deltage i to bud på samme tid.

194 Rent bortset fra, at det slet ikke er sikkert, at Kommissionens hypotese automatisk ville have haft de påståede konsekvenser under de foreliggende omstændigheder (jf. i denne retning og analogt dom af 19.5.2009, Assitur, C-538/07, Sml., EU:C:2009:317, præmis 30, af 23.12.2009, Serrantoni og Consorzio stabile edili, C-376/08, Sml., EU:C:2009:808, præmis 38-42, præmis 46 og domskonklusionen, og af 13.12.2012, Forposta og ABC Direct Contact, C-465/11, Sml., EU:C:2012:801, præmis 14), må det konstateres, at denne hypotese ikke afspejler virkeligheden. Marshs bud er således ikke et fælles bud, men et bud fra en mægler, der er den eneste tilbudsgiver. Buddet er derfor ikke i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, og Kommissionen burde på dette grundlag og af de grunde, der er angivet i forbindelse med gennemgangen af annullationsanbringendets første led, have erklæret det ugyldigt. Kommissionens argumentation skal derfor forkastes.

195 Kommissionen har herudover gjort gældende, at de påståede tab hverken er faktiske eller reelle eller sagsøgerens egne tab, og subsidiært, at der skal tages hensyn til, at aftalen med Marsh er blevet suspenderet, og at der i stedet er indgået en aftale med sagsøgeren.

196 Hvad for det første angår den fortabte mulighed for tildeling af den pågældende kontrakt skal det bemærkes, at Kommissionen havde erklæret sagsøgerens bud forskriftsmæssigt, at buddet var det eneste ud over Marshs bud, og at det blev afvist til fordel for Marshs bud, fordi det sidstnævnte bud var baseret på en lavere pris.

197 Det følger heraf, at sagsøgeren ville have haft meget gode muligheder for at få tildelt kontrakten, hvis Marshs bud var blevet erklæret ikke-forskriftsmæssigt, fordi det stammede fra en mægler, der var den eneste tilbudsgiver, hvilket var i strid med udbudskravene, eller hvis dette bud var blevet erklæret ikke-forskriftsmæssigt, fordi de foreslåede forsikringsselskaber ikke skulle hæfte solidarisk.

198 I øvrigt har Kommissionen reelt ikke benægtet dette. Den har blot gentaget, at den ikke har begået noget ulovligt, henvist til de argumenter, der forkastes i præmis 184-194 ovenfor, og påpeget, at den under alle omstændigheder kunne have indstillet den omtvistede udbudsprocedure og iværksat en ny procedure, hvorefter sagsøgeren ikke kunne være sikker på at få tildelt den omtvistede kontrakt.

199 Det bemærkes herved, at den ordregivende myndighed ganske vist, så længe en kontrakt ikke er underskrevet, enten kan undlade at indgå kontrakten eller annullere den pågældende udbudsprocedure, uden at ansøgerne eller tilbudsgiverne kan gøre krav på nogen form for godtgørelse (finansforordningens artikel 114), men at den netop ikke valgte at undlade at indgå kontrakten eller at annullere proceduren, og at sagsøgeren under de foreliggende omstændigheder ville have haft meget gode muligheder for at få tildelt kontrakten, hvis Kommissionen ikke havde handlet ulovligt.

200 Henset til samtlige foreliggende omstændigheder vurderes det, at sandsynligheden for, at kontrakten var gået til sagsøgeren, hvis Kommissionen ikke havde handlet ulovligt, lå på 90%.

201 Sagsøgeren har anført i stævningen, at selskabets samlede tab, herunder den fortabte mulighed, tabet af referencer og den ikke-økonomiske skade, ex aequo et bono kan sættes til 1 000 000 EUR.

202 Sagsøgeren har ikke oplyst, hvordan dette beløb skal fordeles på de tre forskellige tab, der gøres gældende, men taget udgangspunkt i værdien af den mistede aftale, dvs. 3 742 300 EUR, og forklaret, at denne værdi svarer til den årlige pris, der er angivet i buddet (935 574 EUR/år) ganget med de fire år, aftalen løber over. Sagsøgeren har understreget, at selskabet har lidt betydelig ikke-økonomisk skade set i forhold til kontraktens værdi (»flere millioner«) og varighed (fire år).

203 Kommissionen har ud fra antagelsen om, at det krævede beløb skal beregnes ud fra kontraktens årlige værdi, gjort gældende, at dette beløb, der nærmer sig denne årlige værdi, nødvendigvis må inkludere vederlaget til AIG, og at det derfor kun i begrænset omfang svarer til sagsøgerens vederlag. Kommissionen har derfor anfægtet dette beløb med henvisning til, at sagsøgeren i den foreliggende sag kun handler på egne vegne og derfor kun kan kræve erstatning for sit eget tab.

204 Kommissionen har desuden anfægtet det tab, der er forbundet med tab af referencer. Selv om sagsøgeren ikke får en ny reference, mener Kommissionen ikke, at det som sådan kan ændre dennes mulighed for at deltage i lignende fremtidige udbud. Tabet af certifikater for tilfredsstillende udførelse afhænger i sagens natur af, om aftalen udføres tilfredsstillende. Hvad angår den påståede ikke-økonomiske skade er denne skade ikke faktisk og reel.

205 Det bemærkes indledningsvis, at den antagelse, som Kommissionen har baseret sin første indvending på, og som er nævnt i præmis 203 ovenfor, ikke understøttes af de sagsakter, der er indgivet til Retten. Det fremgår således af sagsøgerens indlæg, at det krævede beløb ikke er beregnet ud fra kontraktens årlige værdi, men ud fra kontraktens samlede værdi over fire år. Dette følger klart af den kobling, som sagsøgeren har foretaget mellem det krævede beløb og den sidstnævnte værdi og af henvisningen til kontrakten, som varer i fire år og tegner sig for flere millioner euro (jf. præmis 202 ovenfor).

206 Da det krævede beløb kun svarer til lidt over en fjerdedel af kontraktens værdi over fire år, og sagsøgeren i øvrigt har gjort gældende, at denne havde været meget sikker på at få tildelt kontrakten, men alligevel blev forbigået, må det krævede beløb derfor logisk set svare til det tab, som denne part

angiveligt selv har lidt. I modsat fald ville sagsøgeren, der følte sig meget sikker på at få tildelt kontrakten, men alligevel blev forbigået, logisk set have krævet en meget højere skadeserstatning på sine egne og forsikringsselskabets vegne set i forhold til kontraktens værdi over fire år.

207 Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgeren med rette har beregnet sit tab på grundlag af de fire år, hvor kontrakten er gældende, skal det påpeges, at det fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at kontrakten skulle strække sig over 48 måneder [udbudsbekendtgørelsens punkt II.3, nr. 4) vedrørende parti 1]. Det var ligeledes bestemt, at den næste udbudsbekendtgørelse ville blive offentliggjort 36 måneder efter tildelingen (udbudsbekendtgørelsens punkt VI.1). Det fremgik af det udkast til tjenesteydelsesaftalen, der var knyttet som bilag til opfordringen til at afgive bud, at »[a]ftalen indgås for en periode på 12 måneder« (artikel I.2.3 i aftaleudkastet), og at »[den] forlænges stiltiende op til tre gange med en gennemførelsesperiode på 12 måneder […], medmindre den ordregivende myndighed meddeler kontrahenten, at myndigheden ikke har til hensigt at forlænge aftalen, og denne meddelelse [finder sted] seks måneder inden afslutningen af arbejdet vedrørende den foregående periode« (artikel I.2.4 i aftaleudkastet). Ifølge aftaleudkastet kunne priserne og den årlige præmie i øvrigt tages op til fornyet vurdering efter det »første år af aftalens gennemførelse«, det »andet år af aftalens gennemførelse« og »hvert år af aftalens gennemførelse« (artikel I.3.2 i aftaleudkastet). Det samme fremgik af de tekniske specifikationer (jf. punkt 9.2 i de tekniske specifikationer).

208 Det følger af disse bestemmelser i forening, at sagsøgeren med rette har baseret sit erstatningskrav på kontraktens samlede varighed i stævningen, dvs. på en fireårig kontrakt, hvor den ordregivende myndighed og ingen anden hvert år og på strenge proceduremæssige betingelser kan vælge ikke at forlænge kontrakten. Der bør ikke desto mindre tages højde for usikkerheden omkring den årlige forlængelse, når erstatningen fastlægges.

209 Det bemærkes i øvrigt, at det ikke fremgår af sagsøgerens indlæg, at selskabet har begrænset sit erstatningskrav for at tage hensyn til de omkostninger, som det ville have haft til aftalens gennemførelse, såfremt det havde vundet udbuddet. Det er imidlertid ikke muligt at fastlægge disse omkostninger ud fra oplysningerne i sagen. Selv om det kan udledes af stævningen, at sagsøgeren kun kræver erstatning for sine egne tab, indeholder sagsakterne i øvrigt ingen oplysninger, der gør det muligt at beregne sagsøgerens andel af kontraktens samlede værdi.

210 Det skal desuden fremhæves, at sagsøgeren ganske vist mistede en mulighed for at få tildelt en fireårig kontrakt i 2014, men at sagsøgeren den 17. februar 2015, dvs. ca. 11 måneder og 2 uger, efter at den omtvistede aftale var trådt i kraft, blev tildelt den forsikringsaftale, der var genstand for det udbud med forhandling, som Kommissionen iværksatte i forlængelse af kendelse Vanbreda Risk & Benefits mod Kommissionen, nævnt i præmis 33 ovenfor (EU:T:2014:1024). Som sagsøgeren også har påpeget, blev denne aftale indgået for en periode af højst 18 måneder, dvs. indtil den 17. august 2016, hvorimod den aftale, der er genstand for den foreliggende sag, skulle have været gældende indtil marts 2018.

211 Disse omstændigheder kan også have betydning for størrelsen af det tab, sagsøgeren har lidt, og sagsøgeren har i øvrigt selv anført i sine indlæg, at selskabet kun vil fastholde sit krav om en tilsvarende erstatning, hvis dets krav om naturalopfyldelse ikke tages til følge, og hvis opfyldelsen forsinkes, skal tabet beregnes i forhold til denne forsinkelse.

212 Det følger heraf, at det ganske vist principielt er godtgjort i tilstrækkeligt omfang, at der kan ydes erstatning for den fortabte mulighed for at få tildelt kontrakten, men at størrelsen af dette tab ikke kan fastlægges tilstrækkelig præcist til, at Retten enten kan godtage det beløb, som sagsøgeren har krævet, eller fastsætte et andet beløb.

213 Hvad for det andet angår tabet af referencer, hvilket ifølge sagsøgeren omfatter tabet af certifikater for tilfredsstillende udførelse, kan dette tab umiddelbart ikke anerkendes for så vidt angår disse certifikater. Disse dokumenter udstedes således ikke som følge af kontraktens tildeling, men som følge af den fremtidige og hypotetiske tilfredsstillende udførelse af denne kontrakt.

214 Med hensyn til de referencer for kontraktens tildeling, som sagsøgeren faktisk ville have opnået, hvis denne var blevet tildelt kontrakten, kan det ikke nægtes, at sagsøgeren har mistet muligheden for at opnå disse referencer i samme omfang, som denne har mistet muligheden for at få tildelt kontrakten. Retten råder imidlertid heller ikke i denne forbindelse over tilstrækkelige oplysninger til at kunne fastslå, hvilken del af det beløb, som sagsøgeren kræver, der vedrører den fortabte mulighed for at få tildelt kontrakten, og hvilken del der vedrører den fortabte mulighed for at opnå referencer.

215 Hvad for det tredje angår den ikke-økonomiske skade, der opstod, fordi Kommissionen tildelte kontrakten til en tredjemand i strid med de berettigede formodninger hos sagsøgeren, der havde afgivet det eneste forskriftsmæssige bud, har Kommissionen gjort gældende, at sagsøgeren alene har påberåbt sig Kommissionens ulovlige adfærd og på intet tidspunkt har haft berettiget formodninger eller forventning om at få tildelt kontrakten. Sagsøgeren har ikke kommenteret denne bemærkning i replikken, men sidestillet sin ikke-økonomiske skade med tab af reference og omdømme.

216 Det bemærkes, at Kommissionen på intet tidspunkt har vakt berettiget forventning eller formodning hos sagsøgeren om tildeling af kontrakten. Hvad angår den ikke-økonomiske skade, der opstod, fordi den anfægtede afgørelse var ulovlig, fremgår det af fast retspraksis, at en sådan skade i princippet genoprettes tilstrækkeligt, ved at retsinstansen fastslår denne ulovlighed (jf. i denne retning dom af 6.6.2006, Girardot mod Kommissionen, T-10/02, Sml. Pers., EU:T:2006:148, præmis 131). Hvad angår den påståede ikke-økonomiske skade, der opstod på grund af tabet af referencer og omdømme, er der et vist sammenfald med det ovenfor nævnte tab af referencer, og tabet af omdømme er ikke af faktisk og reel karakter.

217 På baggrund af ovenstående betragtninger, hvoraf det fremgår, at Retten ganske vist kan fastlægge visse omstændigheder i forbindelse med erstatningspåstanden, men ikke råder over tilstrækkelige oplysninger til at kunne bekræfte det krævede beløb eller til selv at kunne beregne størrelsen af det tab, der er lidt, må sagsøgerens erstatningspåstand tages til følge for så vidt angår erstatningen for den fortabte mulighed for at få tildelt den omtvistede kontrakt og for at opnå de tilsvarende referencer for tildeling af kontrakten. Erstatningspåstanden må i øvrigt forkastes. Med hensyn til størrelsen af erstatningen for den fortabte mulighed opfordres parterne til med forbehold af en af Retten senere truffet afgørelse herom at fastsætte størrelsen af dette beløb ved fælles overenskomst under hensyn til præmisserne i den foreliggende dom og inden for en frist på seks måneder fra dommens afsigelse at meddele Retten det efter fælles overenskomst fastsatte beløb eller i mangel af en sådan overenskomst inden for samme frist at tilstille Retten deres påstande opgjort i tal og den nødvendige dokumentation, således at Retten kan vurdere disse påstande.

Sagens omkostninger

218 Afgørelsen om sagsomkostningerne udsættes.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Sjette Afdeling):

1) Afgørelsen af 30. januar 2014, hvorved Europa-Kommissionen afviste det af Vanbreda Risk & Benefits afgivne tilbud vedrørende parti 1 inden for rammerne af udbuddet OIB.DR.2/PO/2013/062/591 vedrørende forsikring af ejendom og personer (EUT 2013/S 155-269617) og tildelte dette parti til et andet selskab, annulleres.

2) Den Europæiske Union skal erstatte det tab, der er lidt af Vanbreda Risk & Benefits som følge af den fortabte mulighed for at blive tildelt den ovennævnte kontrakt og for at få de dertil svarende referencer for tildeling af kontrakten.

3) I øvrigt frifindes Kommissionen for påstanden om erstatning.

4) Parterne fremsender inden for en frist på seks måneder fra dommens afsigelse til Retten meddelelse om det beløb, som de efter fælles overenskomst er enige om, skal betales i erstatning for dette tab.

5) Såfremt en sådan overenskomst ikke kan opnås, fremsender parterne inden for samme frist deres påstande vedrørende erstatningsopgørelsen til Retten.

6) Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.

Frimodt Nielsen Dehousse Collins

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 29. oktober 2015.

Underskrifter

Indhold

Sagens baggrund 2

Retsforhandlinger og ny udvikling under sagens forløb 4

Retlige bemærkninger 6

Annullationspåstanden 6

Anbringendets første led om tilsidesættelse af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, finansforordningens artikel 111, stk. 5, og artikel 113, stk. 1, gennemførelsesforordningens artikel 146, stk. 1 og 2, artikel 149, stk. 1, og artikel 158, stk. 1 og 3, samt udbudsbetingelserne 6

– Formaliteten med hensyn til visse argumenter, der blev fremført i replikken 8

– Klagepunktet om, at det var ulovligt, at Marsh deltog i udbuddet som den eneste tilbudsgiver .. 9

– Tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet i forbindelse med korrespondancen mellem Kommissionen og Marsh efter budåbningen 14

Anbringendets andet led om tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet som følge af ændringen af Marshs bud efter budåbningen 20

Konklusion vedrørende annullationspåstanden 23

Erstatningspåstanden 23

Sagens omkostninger 29