Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTS (Sechste Kammer)

29. Oktober 2015*

„Öffentliche Dienstleistungsaufträge — Ausschreibungsverfahren — Erbringung von Dienstleistungen der Personen- und Sachversicherung — Ablehnung des Angebots eines Bieters — Vergabe des Auftrags an einen anderen Bieter — Gleichbehandlung — Hinreichend qualifizierter Verstoß gegen eine Rechtsnorm, die dem Einzelnen Rechte verleiht — Außervertragliche Haftung — Verlust einer Chance — Zwischenurteil“

In der Rechtssache T-199/14

Vanbreda Risk & Benefits mit Sitz in Antwerpen (Belgien), Prozessbevollmächtigte: zunächst Rechtsanwälte P. Teerlinck und P. de Bandt, dann Rechtsanwälte P. Teerlinck, P. de Bandt und M. Gherghinaru,

Klägerin,

gegen

Europäische Kommission, vertreten durch S. Delaude und L. Cappelletti als Bevollmächtigte,

Beklagte,

zum einen wegen Nichtigerklärung der Entscheidung vom 30. Januar 2014, mit der die Kommission das von der Klägerin für das Los Nr. 1 im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens OIB.DR.2/PO/2013/062/591 für die Personen- und Sachversicherung (ABl. 2013/S 155-269617) eingereichte Angebot abgelehnt und dieses Los an eine andere Gesellschaft vergeben hat, und zum anderen wegen Schadensersatz

erlässt

DAS GERICHT (Sechste Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten S. Frimodt Nielsen sowie der Richter F. Dehousse (Berichterstatter) und A. M. Collins,

Kanzler: S. Bukšek-Tomac, Verwaltungsrätin,

auf die mündliche Verhandlung vom 3. Juni 2015,

folgendes

* Verfahrenssprache: Französisch.

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

1 Am 10. August 2013 veröffentlichte die Kommission im Supplement zum *Amtsblatt der Europäischen Union* (ABl. 2013, S 155-269617) eine Ausschreibung mit der Referenznummer OIB.DR.2/PO/2013/062/591 betreffend einen in vier Lose unterteilten Auftrag für Personen- und Sachversicherungen.

2 Los Nr. 1, das allein Gegenstand der vorliegenden Klage ist, bezog sich auf den Versicherungsschutz – ab dem 1. März 2014 – für Gebäude und deren Inventar, im Namen der Kommission sowie verschiedener anderer Organe und Einrichtungen der Europäischen Union.

3 Die Ausschreibungsunterlagen umfassten bezüglich Los Nr. 1 neben der Bekanntmachung ein Lastenheft mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe, der die technischen Spezifikationen (Anhang I), die Liste der Gebäude (Anhang I.1), die Schadensstatistiken (Anhang I.2), das Formblatt für das finanzielle Angebot (Anhang II), der Entwurf eines Dienstleistungsvertrags (Anhang III) und der „Fragebogen ‚Identifikation – Ausschluss – Auswahl'" (Anhang IV) (im Folgenden: Fragebogen IES) beigefügt waren.

4 Die Ausschreibungsbedingungen legten fest, dass es sich um ein offenes Verfahren durch Auftragsvergabe handelte, bei dem unter den zulässigen und konformen Angeboten das Angebot mit dem niedrigsten Preis den Zuschlag erhält (Art. 3.4.3 der Aufforderung zur Angebotsabgabe, Punkt 12 der technischen Spezifikationen).

5 Die Frage der gesamtschuldnerischen Haftung bei Beteiligung mehrerer Versicherungsgesellschaften an der Auftragsausführung wurde wie folgt geregelt.

6 Die Bekanntmachung sah im Fall einer Auftragsvergabe an eine Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern vor, dass alle Mitglieder dieser Gruppe eine „gesamtschuldnerische … Haftung bei der Ausführung des Auftrags" übernehmen müssen (Punkt III.1.3 der Bekanntmachung).

7 Art. 5.1 der technischen Spezifikationen bestimmte:

„Wird das Angebot von mehreren zu einem Konsortium zusammengeschlossenen und gesamtschuldnerisch haftenden Versicherungsgesellschaften oder von mehreren zu einem Konsortium zusammengeschlossenen Versicherungsgesellschaften, die von einer gesamtschuldnerisch haftenden führenden Versicherungsgesellschaft vertreten werden, abgegeben, wird im Fall des Zuschlags der Vertrag von jeder Versicherungsgesellschaft unterzeichnet. In diesem Fall garantiert der Bieter, dass der öffentliche Auftraggeber ohne Unterbrechung während der gesamten Vertragsdauer voll versichert ist (100%ige Deckung) …

Wird das Angebot von mehreren zu einem Konsortium zusammengeschlossenen und gesamtschuldnerisch haftenden Versicherungsgesellschaften abgegeben und werden die Versicherungsgesellschaften oder das Konsortium von einem Makler vertreten, wird im Fall des Zuschlags der Vertrag gemeinsam von jeder Versicherungsgesellschaft und dem Makler unterzeichnet. In diesem Fall garantieren die Versicherungsgesellschaft(en) ebenfalls, dass der öffentliche Auftraggeber ohne Unterbrechung während der gesamten Vertragsdauer voll versichert ist (100%ige Deckung) …"

8 In dem Entwurf des Dienstleistungsvertrags war in dem Teil, der für die Feststellung der Unterzeichner des Vertrags vorgesehen war, der Vermerk angebracht: „Die oben genannten und nachfolgend gemeinsam als ‚der Vertragspartner' bezeichneten Parteien haften … gesamtschuldnerisch für die Ausführung des vorliegenden Vertrags gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber".

9 Die Aufforderung zur Angebotsabgabe bestimmte, dass dem Angebot der ordnungsgemäß vom Bieter ausgefüllte Fragebogen IES beizufügen war (Punkt 2.1.2 achter Gedankenstrich der Aufforderung zur Angebotsabgabe). Der Fragebogen IES unterschied in Abschnitt 1 (Formular „Angaben zum Bieter“) danach, ob der Bieter „als Mitglied [eines] Konsortiums“ oder als „einzelner Bieter“ handelte.

10 Der Fragebogen IES enthielt in Abschnitt 3 einen „Fragebogen für gemeinsame Angebote“, der „nur auszufüllen [ist], wenn das Angebot ein gemeinsames Angebot beinhaltet“.

11 Frage 5 und Teilfrage 5.1 des letztgenannten Fragebogens bestimmten, dass „bei einem gemeinsamen Angebot … eine gemäß nachfolgendem Muster erteilte Zustimmung/Vollmacht beizufügen [ist], die von den gesetzlichen Vertretern sämtlicher am gemeinsamen Angebot beteiligten Partner unterzeichnet ist [und] in der die gesamtschuldnerische Haftung sämtlicher am gemeinsamen Angebot beteiligten Partner für die Ausführung des Auftrags übernommen wird“.

12 Diese Zustimmung/Vollmacht beinhaltete, dass „als Mitunterzeichner des Vertrags … sämtliche Mitglieder des Konsortiums gesamtschuldnerisch gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber für die Ausführung des Auftrags [haften]“. Es hieß dort weiter, dass diese Mitglieder sämtlich „die Bedingungen des Vertrags ein[halten] und [sicherstellen], dass ihr Anteil an den Dienstleistungen, wie sie im Lastenheft und dem Angebot des Vertragspartners vorgesehen sind, ordnungsgemäß ausgeführt wird“.

13 Bei der Öffnung der Angebote am 31. Oktober 2013 bestätigte der Eröffnungsausschuss den Eingang von zwei Angeboten für das Los Nr. 1. Das eine Angebot stammte von der Klägerin, Vanbreda Risk & Benefits, und das andere von dem Unternehmen Marsh.

14 Mit Schreiben vom 8. November 2013 wies die Klägerin die Kommission auf die Bedeutung hin, die bei der Beurteilung der Konformität eines Angebots „[die] unterzeichneten Dokumente [haben], aus denen sich ergibt, dass bei einem Angebot mit mehreren Versicherungsgesellschaften diese Versicherungsgesellschaften sich zur Übernahme einer unbeschränkten gesamtschuldnerischen Haftung verpflichten“. Nach den Erfahrungen der Klägerin nämlich lehne AIG Europe Limited (im Folgenden: AIG), die an dem Konsortium von Marsh beteiligt sei, grundsätzlich jede Übernahme einer gesamtschuldnerischen Haftung ab, und es sei daher praktisch sicher, dass das Angebot der Letzteren den materiellen und formellen Anforderungen des Lastenhefts nicht genügen könne.

15 Mit Schreiben vom 4. Dezember 2013 erwiderte die Kommission, sie könne hierzu keine Informationen geben, da die Bewertung der Angebote noch nicht abgeschlossen sei.

16 In seinem Protokoll über die Bewertung der Angebote vom 13. Januar 2014 stellte der Ausschuss für die Bewertung der Angebote fest, dass sich die Angebote der Klägerin und des Unternehmens Marsh für die finanzielle Bewertung qualifiziert hätten und dass das Angebot von Marsh den ersten Rang mit einem Jahrespreis von 771 076,03 Euro und das Angebot der Klägerin den zweiten Rang mit einem Jahrespreis von 935 573,58 Euro belege. Der Bewertungsausschuss beschloss daher, die Vergabe des Loses Nr. 1 an Marsh vorzuschlagen.

17 Mit Entscheidung vom 28. Januar 2014 beschloss die Kommission, den Auftrag an Marsh zu vergeben.

18 Mit Schreiben vom 30. Januar 2014 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) teilte die Kommission der Klägerin mit, dass ihr Angebot für das Los Nr. 1 nicht ausgewählt worden sei, da sie nicht den niedrigsten Preis geboten habe.

19 Mit E-Mail vom 31. Januar 2014 und Schreiben vom 3. Februar 2014 verlangte die Klägerin von der Kommission Zugang zum vollständigen Ausschreibungsbericht sowie Übermittlung der Kopien der unterzeichneten Dokumente, aus denen sich ergebe, dass bei einem von mehreren Versicherungsgesellschaften abgegebenen Angebot diese sich zur Übernahme einer unbeschränkten

gesamtschuldnerischen Haftung nach Maßgabe des Lastenhefts verpflichteten. Die Klägerin wies darauf hin, dass dieses Erfordernis auf S. 8 des Anhangs IV der Aufforderung zur Angebotsabgabe wiedergegeben werde.

20 Mit Schreiben vom 7. Februar 2014 wiederholte die Klägerin ihre Aufforderung mit dem Hinweis, sie befürchte, dass das Angebot von Marsh nicht dem Lastenheft entspreche, da zumindest ein Partner dieses Angebots die erforderliche Musterzustimmung/Mustervollmacht nicht unterzeichnet habe. Es handele sich aber um einen wesentlichen Bestandteil des Vertrags, und sie selbst habe ein Angebot eingereicht, das sich einer Versicherungskonstruktion bediene, die dem Lastenheft vollständig entspreche, unter Einschluss dieses wesentlichen Punktes der gesamtschuldnerischen Haftung. Es könnten nur die Angebote als anforderungsgerecht angesehen werden, in denen nur eine Versicherungsgesellschaft aufgeführt sei (die das Risiko zu 100 % abdecke) oder in denen mehrere Versicherungsgesellschaften aufgeführt seien, die sich aber bei der Abgabe des Angebots untereinander auf eine gesamtschuldnerische Haftung geeinigt hätten. Die Klägerin forderte die Kommission auf, ihre Entscheidung über die Auftragsvergabe an Marsh unter diesem Gesichtspunkt zu überprüfen und die Unterzeichnung des Vertrags auszusetzen.

21 Mit Schreiben vom 7. Februar 2014 beantwortete die Kommission die E-Mail vom 31. Januar 2014 mit dem Hinweis, sie könne der Klägerin aufgrund der Rechtsvorschriften keine anderen Informationen zur Verfügung stellen als „die Merkmale und relativen Vorteile des ausgewählten Angebots sowie den Namen des Zuschlagsempfängers“. In diesem Zusammenhang gab die Kommission an, dass den Zuschlag für das Los Nr. 1 das konforme Angebot mit dem niedrigsten Preis erhalten habe, d. h. das Angebot, das Marsh abgegeben habe.

22 Mit Schreiben vom 11. Februar 2014 kritisierte die Klägerin diese Antwort, die die aufgeworfenen Fragen nicht beantworte, und wiederholte ihren Antrag auf Zugang zu den Informationen, die sie bereits in den vorangegangenen Schreiben verlangt habe.

23 Mit Schreiben und E-Mail vom 21. Februar 2014 äußerte die Klägerin ihre Überzeugung, dass die Kommission seit dem Zeitpunkt der Abgabe der Angebote über keine Zustimmung/Vollmacht von allen an dem Angebot von Marsh beteiligten Versicherungsgesellschaften verfüge mit der Folge, dass dieses Angebot nicht anforderungsgerecht sei und zurückgewiesen werden müsse. Die Klägerin forderte die Kommission auf, die Zuschlagsentscheidung zu überprüfen und die Unterzeichnung des Vertrags mit Marsh auszusetzen.

24 Mit Schreiben vom selben Tag antwortete die Kommission, dass die Punkte, die der Klägerin Sorge bereiteten, während der gesamten Bewertungsphase der Angebote sorgfältig geprüft worden seien, dass diese Angebote als anforderungsgerecht festgestellt worden seien und dass daher dem Angebot mit dem niedrigsten Preis der Zuschlag erteilt worden sei. Die Kommission übersandte keines der verlangten Dokumente an die Klägerin.

25 Nach zwei weiteren E-Mails vom 25. und vom 28. Februar 2014 reichte die Klägerin bei der Kommission am 14. März 2014 unter Berufung auf die Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (ABl. L 145, S. 331) einen Antrag auf Zugang zu den Dokumenten ein.

Verfahren und neue Entwicklungen während des Verfahrens

26 Mit Schriftsätzen, die am 28. März 2014 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen sind, hat die Klägerin die vorliegende Klage auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung und auf Schadensersatz erhoben sowie einen Antrag auf Aussetzung des Vollzugs der angefochtenen Entscheidung und auf Vorlage von Dokumenten durch die Kommission gestellt.

27 Mit Beschluss vom 3. April 2014, der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes erlassen worden ist, hat der Präsident des Gerichts die Aussetzung des Vollzugs der angefochtenen Entscheidung sowie des mit Marsh und den Versicherungsgesellschaften geschlossenen Vertrags verfügt und die Vorlage von Dokumenten im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes angeordnet.

28 Mit Beschluss vom 10. April 2014, der aufgrund der Stellungnahme der Kommission im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ergangen ist, hat der Präsident des Gerichts rückwirkend zum 3. April 2014 die Nummer des Tenors des Beschlusses vom 3. April 2014 aufgehoben, welche die Aussetzung des Vollzugs der angefochtenen Entscheidung und des mit Marsh und den Versicherungsgesellschaften geschlossenen Vertrags betraf.

29 Mit Beschluss vom 30. Juli 2014, Vanbreda/Kommission (T-199/14), der im vorliegenden Verfahren erlassen worden ist, hat das Gericht der Kommission aufgegeben, bestimmte Dokumente vorzulegen, die nach Auffassung der Kommission vertrauliche Passagen enthalten, und festgestellt, dass diese Dokumente nach Art. 67 § 3 der Verfahrensordnung des Gerichts vom 2. Mai 1991 der Klägerin in diesem Stadium nicht übermittelt werden.

30 Nachdem die Kommission mit Schreiben vom 8. August 2014 die verlangten Dokumente vorgelegt hatte, hat das Gericht diese im Wege einer am 11. September 2014 an sie gerichteten prozessleitenden Maßnahme aufgefordert, von einigen dieser Dokumente Fassungen vorzulegen, in denen die nach Auffassung der Kommission vertraulichen Passagen geschwärzt sind.

31 Die Kommission ist dieser Aufforderung mit Schreiben vom 29. September 2014 nachgekommen.

32 Da die Klägerin erklärt hat, dass sie in Bezug auf den Antrag der Kommission auf vertrauliche Behandlung keine Einwände habe, hat das Gericht die als Anlage zum Schreiben vom 8. August 2014 vorgelegten vertraulichen Dokumente aus den Akten entfernt.

33 Durch Beschluss im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes vom 4. Dezember 2014, Vanbreda Risk & Benefits/Kommission (T-199/14 R, Slg [Auszüge], EU:T:2014:1024), hat der Präsident des Gerichts die Aussetzung der angefochtenen Entscheidung angeordnet, was den Zuschlag von Los Nr. 1 angeht (Nr. 1 des Tenors), festgestellt, dass die Wirkungen der genannten Entscheidung bis zum Ablauf der Frist für die Einlegung eines Rechtsmittels gegen den Beschluss – also bis zum 16. Februar 2015, 24.00 Uhr – aufrechterhalten werden (Nr. 2 des Tenors), und die Kostenentscheidung vorbehalten.

34 Die Klägerin beantragt,

— die angefochtene Entscheidung, mit der die Kommission beschlossen hatte, das Angebot der Klägerin für das Los Nr. 1 nicht anzunehmen und es an Marsh zu vergeben, für nichtig zu erklären;

— die außervertragliche Haftung der Union festzustellen und diese zu verurteilen, an die Klägerin 1 000 000 Euro als Entschädigung für den Verlust der Chance, den Auftrag zu erhalten, sowie für den Verlust an Referenzen und den erlittenen immateriellen Schaden zu zahlen;

— der Kommission die Kosten einschließlich der vorläufig auf 50 000 Euro bezifferten Anwaltskosten aufzuerlegen.

35 Die Kommission beantragt,

— den Antrag auf Nichtigerklärung zurückzuweisen;

— den Antrag auf Schadensersatz zurückzuweisen;

— der Klägerin die Kosten des vorliegenden Verfahrens und des Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes aufzuerlegen.

36 Infolge des Beschlusses Vanbreda Risk & Benefits/Kommission (oben in Rn. 33 angeführt, EU:T:2014:1024) leitete die Kommission aufgrund von Art. 134 Abs. 1 Buchst. c der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 1268/2012 der Kommission vom 29. Oktober 2012 über die Anwendungsbestimmungen für die Verordnung (EU, Euratom) Nr. 966/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Union (ABl. L 362, S. 1, im Folgenden: Durchführungsverordnung) ein Verhandlungsverfahren ein, um einen Versicherungsvertrag zu schließen, der am 17. Februar 2015, 00.00 Uhr, in Kraft treten konnte. Sie legte zum anderen ein Rechtsmittel (C-35/15 P) gegen diesen Beschluss ein.

37 Mit Schreiben vom 13. Februar 2015 informierte die Kommission Marsh über die Aussetzung des laufenden Vertrags am 16. Februar 2015, 24.00 Uhr.

38 Die Kommission erhielt im Rahmen des Verhandlungsverfahrens nur ein Angebot, das von der Klägerin gemeinsam mit dem Versicherungsunternehmen AIG stammte. Die Kommission wählte dieses Angebot aus und unterzeichnete den sich aus diesem Verfahren ergebenden Versicherungsvertrag, der am 17. Februar 2015, 00.00 Uhr, in Kraft trat.

39 Mit Beschluss vom 23. April 2015, Kommission/Vanbreda Risk & Benefits (C-35/15 P[R], Slg, EU:C:2015:275) hat der Vizepräsident des Gerichtshofs die Nrn. 1 und 2 des Beschlusses Vanbreda Risk & Benefits/Kommission (oben in Rn. 33 angeführt, EU:T:2014:1024) aufgehoben mit der Begründung, der Präsident des Gerichts habe einen Rechtsfehler begangen, indem er entschieden habe, dass die im öffentlichen Auftragswesen gerechtfertigte Abmilderung hinsichtlich der in der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzung der Dringlichkeit für den Erlass vorläufiger Maßnahmen ohne zeitliche Beschränkung anwendbar sei (Beschluss Kommission/Vanbreda Risk & Benefits, EU:C:2015:275, Rn. 57). Den Antrag der Klägerin auf Erlass vorläufiger Maßnahmen hat der Vizepräsident des Gerichtshofs aus denselben Gründen zurückgewiesen (Beschluss Kommission/Vanbreda Risk & Benefits, EU:C:2015:275, Rn. 61).

Rechtliche Würdigung

Zum Antrag auf Nichtigerklärung

40 Die Klägerin macht einen einzigen Nichtigkeitsgrund geltend, der in drei Teile gegliedert ist, mit denen erstens ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, die Art. 111 und 113 der Verordnung (EU, Euratom) Nr. 966/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Union und zur Aufhebung der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 des Rates (ABl. L 298, S. 1, im Folgenden: Haushaltsordnung), die Art. 146, 149 und 158 der Durchführungsverordnung sowie das Lastenheft, zweitens ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und drittens ein Verstoß gegen das Transparenzprinzip gerügt wird.

Zum ersten Teil des Klagegrundes: Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, gegen Art. 111 Abs. 5 und Art. 113 Abs. 1 der Haushaltsordnung, gegen Art. 146 Abs. 1 und 2, Art. 149 Abs. 1 sowie gegen Art. 158 Abs. 1 und 3 der Durchführungsverordnung und gegen das Lastenheft

41 Die Klägerin macht geltend, das Angebot von Marsh entspreche nicht den Anforderungen des Lastenhefts. Die Versicherungsgesellschaften, die an diesem Angebot beteiligt gewesen seien, hätten sich für die Durchführung des Auftrags nicht gesamtschuldnerisch verpflichtet und daher die im Lastenheft geforderte Zustimmung/Vollmacht nicht unterzeichnet.

42 Die gesamtschuldnerische Haftung sei jedoch im vorliegenden Fall eine wesentliche Voraussetzung für den öffentlichen Auftrag, und diese Voraussetzung habe Einfluss auf den Angebotspreis. Wenn sich nämlich mehrere Versicherungsgesellschaften zusammentun könnten, um entsprechend ihrer jeweiligen Haftung ein Risiko in der Größe des betreffenden Auftrags abzudecken, würde diese Lösung nicht sicherstellen, dass ein Totalschaden vollständig bezahlt würde. Aus diesem Grund habe die Kommission vorliegend im Lastenheft die gesamtschuldnerische Haftung verlangt, was eine mögliche Lösung sei, jedoch erhebliche Zusatzkosten mit sich bringe.

43 Dadurch, dass die Kommission Marsh gestattet habe, ein gemeinsames Angebot mit einem Konsortium von Versicherungsgesellschaften abzugeben, die für die Ausführung des Auftrags nicht gesamtschuldnerisch hafteten, habe sie es diesem Wirtschaftsteilnehmer ermöglicht, einen sehr viel niedrigeren Preis anzubieten.

44 Damit habe die Kommission gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, gegen Art. 111 Abs. 5 und Art. 113 Abs. 1 der Haushaltsordnung, gegen Art. 146 Abs. 1 und 2 sowie Art. 158 Abs. 1 und 3 der Durchführungsverordnung und gegen das Lastenheft verstoßen. Indem die Kommission schließlich den Auftrag an Marsh vergeben habe, habe sie auch gegen Art. 149 Abs. 1 der Durchführungsverordnung verstoßen.

45 In der Erwiderung führt die Klägerin aus, sie habe bei Durchsicht der Klagebeantwortung und der von der Kommission vorgelegten nicht vertraulichen Dokumente neue Umstände erfahren. Aus ihnen ergebe sich, dass Marsh in Wirklichkeit ihr Angebot als Maklerin und einzelne Bieterin abgegeben habe und dass die Kommission und Marsh nach Öffnung der Angebote über die Voraussetzung der gesamtschuldnerischen Haftung ausführlich korrespondiert hätten. Die Kommission habe die Klägerin hierauf trotz ihrer wiederholten Fragen nie hingewiesen. Die Klägerin könne sich daher auf diese neuen Umstände berufen.

46 In diesem Zusammenhang macht die Klägerin geltend, die Teilnahme von Marsh als einzelne Bieterin sei offensichtlich rechtswidrig und verstoße gegen das Lastenheft. Die Kommission habe ferner, anders als sie behaupte, das Angebot von Marsh als gemeinsames Angebot behandelt. Da schließlich das Angebot von Marsh nur ein gemeinsames Angebot sein könne, hätte es die in Anhang IV der Aufforderung zur Angebotsabgabe verlangte Zustimmung/Vollmacht enthalten müssen.

47 Die Kommission widerspricht der Annahme der Klägerin, die auf drei ungeeigneten Annahmen beruhe: erstens auf der Annahme, dass das Angebot von Marsh im Namen einer Gruppe oder eines Konsortiums abgegeben worden sei; zweitens auf der Annahme, dass dieses Angebot unter Verstoß gegen das Lastenheft nicht die Musterzustimmung/Mustervollmacht enthalten habe; drittens auf der Annahme, dass die von Marsh vorgeschlagenen Versicherungsgesellschaften nicht die gesamtschuldnerische Haftung für die Auftragsausführung übernommen hätten, wobei diese Annahme das Ergebnis einer fehlerhaften Auslegung des Lastenhefts und einer Verkennung des tatsächlichen Angebots von Marsh und des Verlaufs des Ausschreibungsverfahrens sei.

48 Bezüglich der ersten Annahme weist die Kommission darauf hin, dass Marsh ihr Angebot als Maklerin und einzelne Bieterin und nicht als Mitglied oder Wortführerin eines Konsortiums eingereicht habe und dass der Auftrag in kohärenter Weise an Marsh als einzelne Bieterin vergeben worden sei. Keine Bestimmung des Lastenhefts habe es einem Makler verwehrt, als einzelner Bieter ein Angebot für das Los Nr. 1 des Auftrags einzureichen.

49 Bezüglich der zweiten Annahme führt die Kommission aus, die Bestimmungen des Lastenhefts über die gemeinsamen Angebote einschließlich der Musterübereinkunft/Mustervollmacht im Fragebogen IES seien nicht auf ein Angebot anwendbar, das von einem einzelnen Bieter eingereicht werde. Marsh sei daher nicht verpflichtet gewesen, in ihr Angebot die unterzeichnete Zustimmung/Vollmacht aufzunehmen, wie sie für die gemeinsamen Angebote vorgesehen gewesen sei. Was Marsh ihrem Angebot beigefügt habe, seien die Mandate, die ihr mehrere Versicherungsgesellschaften für die Ausführung des Auftrags erteilt hätten.

50 Bezüglich der dritten Annahme führt die Kommission aus, sie habe, wie aus dem mit Marsh in der Zeit zwischen der Öffnung der Angebote und der Auftragsvergabe geführten Schriftverkehr hervorgehe, ordnungsgemäß geprüft, ob das Angebot von Marsh die Pflichten aus dem Lastenheft vollständig erfülle, darunter die aus Punkt 5.1 der technischen Spezifikationen folgende Pflicht, zu garantieren, dass der öffentliche Auftraggeber ohne Unterbrechung während der gesamten Vertragsdauer voll versichert sei (100%ige Deckung), sowie die sich aus dem Vertragsentwurf ergebende Pflicht hinsichtlich einer gesamtschuldnerischen Haftung. Da nämlich Gegenstand von Los Nr. 1 des Auftrags ein direkter Versicherungsvertrag für die Gebäude des öffentlichen Auftraggebers gewesen sei, hätten die technischen Spezifikationen speziell vorgesehen, dass unabhängig von den Modalitäten der Angebotsabgabe jede Versicherungsgesellschaft, die an der Ausführung des Vertrags beteiligt sei, den Vertrag zwingend gemeinsam mit möglichen anderen Versicherungsgesellschaften oder dem Makler unterzeichnen müsse, damit ein durchgehender 100%iger Versicherungsschutz des öffentlichen Auftraggebers garantiert sei.

51 Das Vorbringen der Klägerin betreffend die unterschiedlichen Preise, je nachdem ob die gesamtschuldnerische Haftung vorgeschlagen werde oder nicht, sei daher unerheblich. Der unterzeichnete Vertrag enthalte sehr wohl die Klausel über die gesamtschuldnerische Haftung der Unterzeichner, ferner sei die Klausel von Anfang an vorgesehen gewesen, das Angebot von Marsh habe daher zwangsläufig die mit dieser Klausel verbundenen Kosten und Risiken in Rechnung stellen müssen, und der Angebotspreis sei zu keiner Zeit geändert oder von Marsh in Frage gestellt worden.

52 Marsh habe ihr Angebot als einzelne Bieterin eingereicht, und es habe sich somit nicht um ein gemeinsames Angebot gehandelt. Das Angebot von Marsh sei folglich als Angebot eines einzelnen Bieters behandelt worden. Bei der Öffnung der Angebote habe die Kommission die Namen der im Angebot von Marsh aufgeführten Versicherungsgesellschaften nicht übermittelt. Die Angebote seien auf der Grundlage der in der Bekanntmachung vorgesehenen Ausschluss- und Auswahlkriterien und nach Maßgabe des vorgesehenen Verfahrens analysiert worden. Da das Angebot von Marsh das eines einzelnen Bieters gewesen sei, habe die Kommission ordnungsgemäß geprüft, ob Marsh für sich allein die Auswahlkriterien erfülle.

53 In der Gegenerwiderung macht die Kommission gegenüber dem Vorbringen in der Erwiderung, wonach die Teilnahme von Marsh als einzelne Bieterin offensichtlich rechtswidrig gewesen sei, geltend, dieses Vorbringen beruhe auf einer restriktiven und fehlerhaften Auslegung des Lastenhefts und auf einer fehlerhaften Auslegung des belgischen Rechts.

54 Während eine restriktive Auslegung des Lastenhefts zu einer Zurückweisung der beiden Angebote hätte führen müssen, habe die Kommission eine nicht restriktive Auslegung vorgezogen, die sich nicht auf die Rechtsform beschränkt habe, die für die Beziehungen Makler/Versicherungsgesellschaft(en) gewählt worden sei, vorausgesetzt allerdings, dass die Angebote die Ausführung des Auftrags sicherstellten. Die Kommission sei daher davon ausgegangen, dass sowohl Versicherungsgesellschaften

als auch Makler an der Ausschreibung teilnehmen könnten und dass ein Makler durch nichts daran gehindert sei, als einzelner Bieter am Ausschreibungsverfahren teilzunehmen. In jedem Fall sei Gegenstand des Vertrags der Abschluss eines direkten Versicherungsvertrags gewesen, den jede Versicherungsgesellschaft habe unterzeichnen müssen, was bei dem letztlich unterzeichneten Vertrag im Übrigen geschehen sei.

55 Was die Auslegung des belgischen Rechts betreffe, so wende die Klägerin zu Unrecht Bestimmungen dieses Rechts auf den vorliegenden Fall an. Marsh habe niemals behauptet, den Versicherungsvertrag allein zu unterzeichnen, und es sei für die Kommission niemals in Frage gekommen, dass dies der Fall sein könne. Die Klägerin wolle offensichtlich unrichtigerweise behaupten, dass Marsh, da sie als einzelne Bieterin aufgetreten sei, als Versicherungsunternehmen aufgetreten sei, das den Vertrag allein unterzeichnen wolle. Für die Kommission habe es keinen Grund für die Annahme gegeben, dass das Angebot von Marsh rechtswidrig gewesen sei. Das Angebot sei nicht deswegen rechtswidrig, weil ein Makler nicht eine versicherte Fläche von mindestens 100 000 m^2 belegen könne. Die angeforderten Informationen schlössen nämlich nicht die Berücksichtigung des Abschlusses von Versicherungspolicen für eine versicherte Fläche von mindestens 100 000 m^2 bei den Versicherungsgesellschaften und die Erbringung von Vermittlungstätigkeiten für eine versicherte Fläche von mindestens 100 000 m^2 bei den Maklern aus. Es sei schließlich folgerichtig gewesen, dass nur die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von Marsh überprüft worden sei, da es sich um eine einzelne Bieterin gehandelt habe. Es sei nämlich Marsh gewesen, die in dieser Eigenschaft die finanzielle Tragfähigkeit ihres Angebots garantiert habe. Es handele sich im Übrigen um denselben Ansatz, der bei der Klägerin in dem vorhergehenden Versicherungsvertrag befolgt worden sei. Um jedenfalls zu verhindern, dass die Kommission in keiner unmittelbaren Vertragsbeziehung zu den Versicherungsgesellschaften stehe, sei in dem Lastenheft gefordert worden, dass die Versicherungsgesellschaften den Versicherungsvertrag unterzeichnen.

56 Was die angebliche Behandlung des Angebots von Marsh als ein gemeinsames Angebot betreffe, so sei dieses Vorbringen unlogisch und fehlerhaft. Es stehe fest, dass Marsh ihr Angebot als einzelne Bieterin eingereicht habe, dass die Kommission die Ausschluss- und Auswahlkriterien auf dieser Grundlage geprüft habe und dass sie den Vertrag an die genannte einzelne Bieterin vergeben habe. Die Kommission sehe nicht, wie die Klägerin behaupten könne, dass sie das Angebot von Marsh als ein gemeinsames Angebot behandelt habe. Darüber hinaus seien die von der Klägerin angeführten Gesichtspunkte kein Beweis für das Gegenteil.

57 In Bezug auf das Vorbringen, wonach das Angebot von Marsh die bei einem gemeinsamen Angebot erforderliche Musterzustimmung/Mustervollmacht hätte enthalten müssen, macht die Kommission geltend, das Angebot von Marsh müsse die unterzeichnete Zustimmung/Vollmacht nicht enthalten, da es von einer einzelnen Bieterin stamme.

– Zur Zulässigkeit bestimmter, in der Erwiderung vorgebrachter Argumente

58 Ohne ausdrücklich die Einrede der Unzulässigkeit zu erheben, ist die Kommission gleichwohl der Ansicht, dass, nachdem sie den Beweis erbracht habe, dass der am 27. Februar 2014 mit Marsh und den Versicherungsgesellschaften geschlossene Vertrag die gesamtschuldnerische Haftung der Versicherungsgesellschaften vorsehe, die von der Klägerin in der Erwiderung vorgebrachten Argumente über den ursprünglichen einzigen Klagegrund hinausgingen, wie er in der Klage festgelegt worden sei, d. h. den Klagegrund, der die „im Lastenheft vorgesehene Voraussetzung der gesamtschuldnerischen Haftung bei einem gemeinsamen Angebot mit einem Konsortium von Versicherungsgesellschaften“ betreffe.

59 Es ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin in der Erwiderung eine Reihe von neuen Argumenten dargelegt hat, die im Wesentlichen die Rechtswidrigkeit der Teilnahme von Marsh als einzelne Bieterin und die Rechtswidrigkeit der Behandlung dieses Angebots durch die Kommission als ein gemeinsames Angebot betreffen.

60 Wie die Klägerin in der Erwiderung zutreffend ausführt, ohne dass die Kommission dies in der Gegenerwiderung im Einzelnen widerlegt, ergeben sich diese neuen Argumente aus Informationen, die die Klägerin erst bei Durchsicht der Klagebeantwortung und der von der Kommission nach Aufforderung durch das Gericht vorgelegten Dokumente erfahren hat.

61 So hat die Klägerin erst aus der Klagebeantwortung erfahren, dass Marsh an der Ausschreibung nicht mit einem gemeinsamen Angebot von Marsh und sechs Versicherungsgesellschaften, sondern in ihrer Eigenschaft als Maklerin und einzelne Bieterin teilgenommen und sechs Versicherungsgesellschaften vorgeschlagen hatte. Erst anhand der Dokumente, die die Kommission am 29. September 2014 vorgelegt hat (siehe oben, Rn. 31), hat die Klägerin von dem Schriftwechsel erfahren, der nach der Öffnung der Angebote zwischen der Kommission und Marsh, dann zwischen der Kommission, Marsh und AIG über die Frage der gesamtschuldnerischen Haftung stattgefunden hatte.

62 Sofern daher die Erwägungen der Kommission dahin ausgelegt werden könnten, dass mit ihnen eine Einrede der Unzulässigkeit gemäß Art. 84 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichts gegenüber dem neuen Vorbringen der Klägerin in der Erwiderung erhoben wird, ist diese Einrede der Unzulässigkeit unbegründet.

– Zur Rechtswidrigkeit der Teilnahme von Marsh an der Ausschreibung als Maklerin und einzelne Bieterin

63 Zum einen gilt für öffentliche Aufträge, die ganz oder teilweise aus dem Haushalt der Union finanziert werden, nach Art. 102 Abs. 1 der Haushaltsordnung der Grundsatz der Gleichbehandlung, und nach Art. 146 Abs. 1 der Durchführungsverordnung legt der öffentliche Auftraggeber klare, nicht diskriminierende Auswahlkriterien fest. Zum anderen werden nach Art. 102 Abs. 2 der Haushaltsordnung Vergabeverfahren auf der Grundlage eines möglichst breiten Wettbewerbs durchgeführt, und nach Art. 111 Abs. 1, 4 und 5 dieser Verordnung müssen die Modalitäten der Angebotsabgabe einen effektiven Wettbewerb gewährleisten, werden die vom Eröffnungsausschuss als nicht anforderungsgerecht deklarierten Bewerbungen zurückgewiesen und sämtliche vom Eröffnungsausschuss als anforderungsgerecht deklarierten Angebote anhand der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien bewertet. Art. 113 Abs. 1 der genannten Verordnung schließlich bestimmt, dass der Anweisungsbefugte einem Auftragnehmer den Zuschlag unter Beachtung der Auswahl- und Zuschlagskriterien erteilt, die vorab in den Ausschreibungsunterlagen und den Vorschriften über die Auftragsvergabe festgelegt sind.

64 Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, der die Entwicklung eines gesunden und effektiven Wettbewerbs zwischen den sich um einen öffentlichen Auftrag bewerbenden Unternehmen fördern soll, gebietet, dass alle Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben, was voraussetzt, dass die Angebote aller Wettbewerber den gleichen Bedingungen unterworfen sind (Urteile vom 12. Dezember 2002, Universale-Bau u. a., C-470/99, Slg, EU:C:2002:746, Rn. 93, und vom 12. März 2008, Evropaïki Dynamiki/Kommission, T-345/03, Slg, EU:T:2008:67, Rn. 143).

65 Die Bieter müssen somit sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleich behandelt werden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. Oktober 2001, SIAC Construction, C-19/00, Slg, EU:C:2001:553, Rn. 34 und die dort angeführte Rechtsprechung). Der öffentliche Auftraggeber muss in jedem Verfahrensabschnitt die Gleichbehandlung und demzufolge die Chancengleichheit aller Bieter sicherstellen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 29. April 2004, Kommission/CAS Succhi di Frutta,

C-496/99 P, Slg, EU:C:2004:236, Rn. 108, vom 24. Februar 2000, ADT Projekt/Kommission, T-145/98, Slg, EU:T:2000:54, Rn. 164, vom 17. März 2005, AFCon Management Consultants u. a./Kommission, T-160/03, Slg, EU:T:2005:107, Rn. 75, und vom 22. Mai 2012, Evropaïki Dynamiki/Kommission, T-17/09, EU:T:2012:243, Rn. 65).

66 Im Licht der vorstehenden Erwägungen ist der erste Teil des einzigen Nichtigkeitsgrundes zu prüfen, mit dem die Rechtswidrigkeit der Teilnahme von Marsh an der Ausschreibung als Maklerin und einzelne Bieterin gerügt wird.

67 Was angesichts des Wortlauts der betreffenden Ausschreibung die Möglichkeit betrifft, dass ein Makler als einzelner Bieter daran teilnimmt, so ist diese Möglichkeit nach dem genannten Wortlaut offensichtlich ausgeschlossen.

68 Erstens erscheint das Wort „Makler“ tatsächlich in einigen Passagen der Ausschreibung (in Abschnitt III.2.3 der Bekanntmachung bezüglich der technischen Leistungsfähigkeit, im Anhang der Aufforderung zur Angebotsabgabe bezüglich der technischen Spezifikationen als Voraussetzung für die Teilnahme und in den Rubriken bezüglich der Informationen, die für eine Genehmigung zu erteilen sind). Diese Passagen gelten jedoch zumindest sowohl für Angebote, die von einem einzelnen Bieter eingereicht werden, als auch für gemeinsame Angebote.

69 Abgesehen von der Erwähnung in diesen Passagen, die sowohl für die Angebote, die von einem einzelnen Bieter eingereicht werden, als auch für die gemeinsamen Angebote gelten, wird der Begriff „Makler“ ausdrücklich nur im Zusammenhang mit gemeinsamen Angeboten verwendet (in Art. 5.1 der technischen Spezifikationen, in Bezug auf die Unterzeichnung des Versicherungsvertrags, im Fragebogen betreffend die gemeinsamen Angebote in Anhang IV der Aufforderung zur Angebotsabgabe und in der Musterzustimmung/Mustervollmacht in dem genannten Anhang).

70 Der Wortlaut der Ausschreibung bezüglich der Angebote, die von einem einzelnen Bieter eingereicht werden, schließt somit zwar den Begriff „Makler“ nicht ausdrücklich aus, doch sieht er ihn auch nicht vor. Die Aufnahme dieses Begriffs in die Teile der Ausschreibung, die für die von einem einzelnen Bieter eingereichten Angebote und für die gemeinsamen Angebote gelten, kann daher eher damit erklärt werden, dass der Makler ausdrücklich als Bieter im Rahmen eines gemeinsamen Angebots vorgesehen ist, als damit, dass er einzelner Bieter sein kann.

71 Zweitens kann das Vorbringen der Kommission, wonach es im Lastenheft keine Bestimmung gegeben hat, die es einem Makler verwehrt hätte, als einzelner Bieter ein Angebot für das Los Nr. 1 einzureichen, zu Recht in Frage gestellt werden.

72 Zunächst ergibt sich aus Punkt 5 erster Gedankenstrich der Aufforderung zur Angebotsabgabe („Folgen der Angebotsabgabe“), dass „die vorliegende Aufforderung … keinerlei Verpflichtung seitens der Kommission [begründet]“ und dass „[d]ie Verpflichtung … erst [entsteht], wenn der Vertrag mit dem ausgewählten Zuschlagsempfänger unterzeichnet wird“. Ebenso ist die Wendung „im Falle des Nichtzustandekommens des Vertrags mit dem Zuschlagsempfänger“ im ersten Absatz der dritten Seite der angefochtenen Entscheidung aufgeführt.

73 Im vorliegenden Fall ist, wie sich aus den Akten und den Darlegungen der Kommission selbst ergibt, ausgewählter „Zuschlagsempfänger“ allein Marsh, nicht aber irgendeine andere Person.

74 Wie aber die Kommission in ihrem Schriftverkehr mit Marsh vom 18. Dezember 2013 und vom 12. Februar 2014 ausführt, kann ein Makler nicht alleiniger Unterzeichner des streitigen Dienstleistungsvertrags sein.

75 Sodann sind nach Art. 5.1 der technischen Spezifikationen, wenn der Vertrag von mehreren gesamtschuldnerisch haftenden Versicherungsgesellschaften unterzeichnet werden soll, nur drei Fälle von Angeboten vorgesehen, von denen nur bei einem die Teilnahme eines Maklers vorgesehen ist. Dieser letztgenannte Sachverhalt aber wird als einer der „Fälle [beschrieben], in denen ein Angebot von mehreren gesamtschuldnerisch haftenden Versicherungsgesellschaften als Konsortium, vertreten durch einen Makler, abgegeben wird“. Die Teilnahme eines Maklers ist daher nur bei gemeinsamen Angeboten vorgesehen.

76 Nach alledem ergibt sich entgegen dem Vorbringen der Kommission aus der Analyse des Wortlauts des Lastenhefts, dass der Fall, dass ein Makler ein Angebot als einzelner Bieter einreicht, nicht nur nicht vorgesehen war, sondern sogar als ausgeschlossen angesehen werden konnte.

77 Die Kommission räumt im Übrigen selbst ein, dass die Abgabe eines Angebots durch einen Makler als einzelnem Bieter im Lastenheft nicht ausdrücklich vorgesehen war. Sie macht jedoch geltend, sie sei in der Absicht, den Markt einem größtmöglichen Wettbewerb zu öffnen, davon ausgegangen, dass das Lastenheft nicht dahin ausgelegt werden dürfe, dass es das Angebot eines Maklers und einzelnen Bieters ausschließe, der von mehreren Versicherungsgesellschaften beauftragt worden sei, die sich für den Fall des Zuschlags zur Unterzeichnung und Ausführung des Vertrags verpflichtet hätten. Sie habe in diesem Zusammenhang auch Art. 121 Abs. 5 Unterabs. 2 der Durchführungsverordnung berücksichtigt.

78 Was die Bezugnahme auf Art. 121 Abs. 5 Unterabs. 2 der Durchführungsverordnung betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass diese Vorschrift auf das Angebot einer Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern Anwendung findet. Die Vorschrift bestimmt, dass der öffentliche Auftraggeber nicht verlangen kann, dass diese Gruppe eine bestimmte Rechtsform hat. Im vorliegenden Fall jedoch handelte es sich nicht um das Angebot einer Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern, sondern eines Maklers und einzelnen Bieters, der der einzige Zuschlagsempfänger war.

79 Was die von der Kommission geltend gemachte Auslegung des Lastenhefts angeht, wonach das Lastenheft den Makler als einzelnen Bieter nicht ausschließe, so steht diese Auslegung nicht nur im Widerspruch zu den Bestimmungen des genannten Lastenhefts, sondern auch zum Aufbau des Systems.

80 Die von der Kommission für möglich gehaltene Einreichung eines Angebots durch einen als einzelner Bieter auftretenden Makler hat nämlich für die Prüfung der Konformität des Angebots Auswirkungen, die sich von denen unterscheiden, die sich aus einem Angebot ergeben, das von einer als einzelne Bieterin auftretenden Versicherungsgesellschaft eingereicht wurde. In beiden Fällen jedoch muss sich der öffentliche Auftraggeber davon überzeugen, dass das Angebot dem Lastenheft entspricht. Der öffentliche Auftraggeber muss daher in der Lage sein, dieser Aufgabe nachzukommen.

81 Aus Punkt 3.4 der Aufforderung zur Angebotsabgabe ergibt sich, dass die Bewertung der Angebote in drei Phasen erfolgt und dass nur die Angebote, die den Anforderungen der jeweiligen Bewertungsphase entsprechen, in die folgende Phase eintreten können. Die erste und die zweite Phase haben zum Ziel, die Ausschlusskriterien bzw. die Auswahlkriterien der Bieter zu bewerten. Die Bewertung der Angebote und die Vergabe des Auftrags gehören in die dritte Phase.

82 Was insbesondere die zweite Bewertungsphase hinsichtlich der Prüfung der Auswahlkriterien angeht, so ergibt sich aus Punkt 3.4.2 der Aufforderung zur Angebotsabgabe, dass der Bewertungsausschuss zu prüfen hat, ob die Bieter über eine ausreichende wirtschaftliche und finanzielle sowie technische und berufliche Leistungsfähigkeit verfügen. Insoweit ist festzustellen, dass die Kommission in der Klagebeantwortung ausdrücklich dargelegt hat, dass sie ordnungsgemäß geprüft habe, ob das Angebot von Marsh für sich genommen die Auswahlkriterien der Ausschreibung erfülle, was sich offensichtlich auch aus dem Bewertungsschema für die Auswahlkriterien ergibt, das dem Protokoll über die Bewertung der Angebote vom 13. Januar 2014 beigefügt wurde.

83 Bezüglich der Prüfung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit ist darauf hinzuweisen, dass bei einem gemeinsamen Angebot die Bestimmungen des Abschnitts 4 des Anhangs IV der Aufforderung zur Angebotsabgabe festlegen, dass die Informationen für jedes Mitglied individuell zur Verfügung gestellt werden müssen.

84 Diese Anforderung ermöglicht es, sich von der Solidität der Versicherungsgesellschaften zu überzeugen, die letztlich diejenigen sind, die das Risiko absichern. Wegen dieser Anforderung kann der Makler – der ausdrücklich als möglicher Bieter im Rahmen eines gemeinsamen Angebots vorgesehen ist – nicht nur die Informationen über seine eigene wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit zur Verfügung stellen. Es muss nämlich vermieden werden, dass sich der Bewertungsausschuss nur auf die Solidität eines Vermittlers konzentriert, der das abgedeckte Risiko nicht versichert.

85 Bei einem Angebot, das von einem einzelnen Bieter eingereicht wird, legen dieselben Bestimmungen des Abschnitts 4 des Anhangs IV der Aufforderung zur Angebotsabgabe dagegen nur fest, dass sich die Bewertung auf die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit des Bieters erstreckt. Wird aber (wie von der Kommission befürwortet) ein Makler als einzelner Bieter zugelassen, könnte damit – wie im Übrigen hier geschehen – die Bewertung allein auf die Informationen über diesen Makler beschränkt werden. Die finanzielle Solidität der Versicherungsgesellschaften, die jedoch die Haftung für das Risiko zu übernehmen haben, wird von der Prüfung des Angebots *de iure* nicht umfasst.

86 Diese Feststellung wird durch Art. 147 Abs. 3 der Durchführungsverordnung nicht in Frage gestellt. Nach dieser Vorschrift kann sich ein Wirtschaftsteilnehmer gegebenenfalls für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmen stützen, ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen. Er muss in diesem Fall dem öffentlichen Auftraggeber gegenüber nachweisen, dass ihm für die Ausführung des Auftrags die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen, z. B. durch Beibringung der Verpflichtungserklärung der betreffenden Unternehmen, ihm diese Mittel zur Verfügung zu stellen. Diese Vorschrift ist nämlich nur anwendbar, wenn sich der Bieter auf die Kapazitäten anderer Unternehmen stützen will.

87 Im vorliegenden Fall jedoch hat die Kommission deutlich zum Ausdruck gebracht, dass die Auswahlkriterien, zu denen die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit gehören, ausschließlich in Bezug auf die Situation von Marsh geprüft worden seien.

88 Diese Feststellung, die durch den Inhalt der Akten bestätigt wird, ist zunächst im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes getroffen worden (vgl. in diesem Sinne Beschluss Vanbreda Risk & Benefits/Kommission, oben in Rn. 33 angeführt, EU:T:2014:1024, Rn. 72) und insoweit im Rahmen des Rechtsmittels, das die Kommission eingelegt hat (siehe oben, Rn. 36 am Ende) und über das mit dem Beschluss Kommission/Vanbreda Risk & Benefits (oben in Rn. 39 angeführt, EU:C:2015:275) entschieden worden ist, nicht in Frage gestellt worden. Die Kommission hat somit bestätigt, dass nur die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit von Marsh, nicht aber die der beauftragten Versicherungsgesellschaften geprüft wurde. Sie hat erklärt, sie habe durch die Ausschreibung einen Vertrag mit Versicherungsunternehmen schließen wollen, ohne jedoch ihre wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit prüfen zu müssen. Dieser Ansatz beruhe auf der bewussten Entscheidung, keine wirtschaftliche Prüfung vorzunehmen und insoweit keinen Nachweis zu verlangen, aber eine mehr rechtliche Konstruktion zu wählen, bei der in Bezug auf die Pflicht zur Erfüllung des genannten Kriteriums der Bieter in Haftung genommen werde.

89 In der Gegenerwiderung auf die vorliegende Klage hat die Kommission erneut bestätigt, dass im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens nur die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit von Marsh, nicht aber die der Versicherungsgesellschaften, die Marsh vorgeschlagen habe, zu prüfen gewesen seien.

90 Es genügt indessen der Hinweis, dass diese Vorgehensweise der Kommission und die vorgebrachten Erläuterungen dem Wortlaut und der Logik des Lastenhefts widersprechen. Im Rahmen der gemeinsamen Angebote, für die die Teilnahme eines Maklers ausdrücklich vorgesehen ist, verlangt das Lastenheft die Vorlage der Dokumente, die die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit jedes Mitglieds, somit auch der am gemeinsamen Angebot beteiligten Versicherungsgesellschaft(en), individuell nachweisen. Hätte sich die Kommission ursprünglich tatsächlich darauf beschränken wollen, nur die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der Makler zu prüfen, hätte sie im Rahmen eines gemeinsamen Angebots, das zusammen mit einem Makler eingereicht worden wäre, nicht die Vorlage von Dokumenten über die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit jedes einzelnen Mitglieds verlangt. Hätte ferner eine Versicherungsgesellschaft ein Angebot als einzelne Bieterin eingereicht, wäre ihre wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit geprüft worden. Somit wäre die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit des Unternehmers, das das Risiko deckt, nur dann nicht geprüft worden, wenn ein Makler ein Angebot als einzelner Bieter eingereicht hätte. Dies ist weder mit dem Aufbau des Systems in seiner Gesamtheit noch mit der Gleichbehandlung der Bieter vereinbar.

91 In Anbetracht des Wortlauts der Ausschreibung (vgl. Punkt II.1.5 der Bekanntmachung, Punkt 2 der technischen Spezifikationen und Art. I.1.1 des Entwurfs eines Dienstleistungsvertrags) bestand das Ziel dieser Ausschreibung in dem Abschluss eines Versicherungsvertrags. In ihrem Schreiben vom 18. Dezember 2013 bestätigte die Kommission, dass es sich um einen direkten Versicherungsvertrag handele. Trotz dieses von ihr verfolgten Ziels prüfte die Kommission jedoch nur die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der Maklerin Marsh, nicht aber die der von Marsh vorgeschlagenen Versicherungsgesellschaften. Zwar mag dieses Verhalten im Rahmen einer mit dem Ziel des Abschlusses eines Maklervertrags durchgeführten Ausschreibung nachvollziehbar sein, doch ist es offensichtlich nicht ordnungsgemäß im Rahmen einer Ausschreibung für einen Versicherungsvertrag, insbesondere unter Berücksichtigung des von der Haushaltsordnung verfolgten Ziels des Schutzes der finanziellen Interessen der Union.

92 Die Ausführungen der Kommission zu der Vorgehensweise in dem Ausschreibungsverfahren, das dem hier streitgegenständlichen Ausschreibungsverfahren und Versicherungsvertrag vorausging, sind für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung unerheblich.

93 Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass es sowohl gegen die Bestimmungen der Ausschreibung als auch gegen den Aufbau des von dieser eingerichteten Systems verstößt, wenn ein Makler als einzelner Bieter zur Teilnahme an der Ausschreibung zugelassen wird. Die Ausführungen der Kommission über das von ihr verfolgte Ziel, bei der Beteiligung an der streitigen Ausschreibung ein hohes Wettbewerbsniveau zu erhalten, können die Nichtbeachtung der Bestimmungen der Ausschreibung nicht rechtfertigen

94 Überdies geht aus den Akten hervor, dass eine der wesentlichen Bedingungen der Ausschreibung die Verpflichtung der Versicherungsgesellschaft(en) war, zugunsten des öffentlichen Auftraggebers eine 100%ige Deckung der im Lastenheft genannten Risiken zu garantieren.

95 Nach Auffassung der Kommission oblag es in dem – ihrer Ansicht nach zulässigen – Fall, dass ein Makler als einzelner Bieter auftritt, diesem Makler, die praktischen Modalitäten der Vertragsdurchführung festzulegen. Diese Vorgehensweise bedeutete nach Ansicht der Kommission, dass sich die Prüfung, ob die oben in Rn. 94 genannte Deckungsvoraussetzung vorlag, allein auf das Ergebnis erstreckte und nicht darauf, wie dieses Ergebnis erreicht wird.

96 Im vorliegenden Fall legte Marsh bei der Einreichung ihres Angebots eine Risikoverteilung zwischen den Versicherungsgesellschaften vor, mit der das Ziel einer 100%igen Deckung erreicht werden sollte. Mit Schreiben vom 14. Februar 2014 teilte Marsh der Kommission mit, dass eine der Versicherungsgesellschaften, die an ihrem Angebot beteiligt sein sollte, nämlich AIG, die Unterzeichnung des Vertrags abgelehnt habe. Aufgrund dieses Ausfalls schlug Marsh eine neue

Verteilung der genannten Risiken ohne Änderung des im ausgewählten Angebot angesetzten Gesamtpreises vor, bei der die Übernahme des Beteiligungsanteils von AIG zum einen durch eine Erhöhung der Beteiligungsanteile der verbleibenden Versicherungsgesellschaften und zum anderen durch Zuweisung eines Teils des genannten Beteiligungsanteils an zwei neue Versicherungsgesellschaften erfolgt, die nicht zu den ursprünglich im Angebot von Marsh enthaltenen Versicherungsgesellschaften gehörten.

97 Folglich war zu dem Zeitpunkt, als Marsh zum einen die Erhöhung des Anteils der Versicherungsgesellschaften, von denen sie beauftragt worden war, neu aushandeln musste und zum anderen über die Beteiligung der beiden neuen Versicherungsgesellschaften verhandeln musste, nicht nur das konkurrierende Angebot bekannt, sondern es war auch sicher, dass der Auftrag an Marsh vergeben worden war. Hätten aber die Versicherungsgesellschaften, die Marsh beauftragten, zum Zeitpunkt der Erstellung des ursprünglichen Angebots und somit in Unkenntnis davon, dass ihnen der Auftrag zugeschlagen werden würde, höhere Anteile übernehmen müssen, die für sie die Übernahme größerer Risiken bedeutet hätten, so spricht vieles dafür, dass sie nach aller wirtschaftlicher Wahrscheinlichkeit als Gegenleistung eine höhere Vergütung verlangt hätten. Dies hätte folglich zu einem höheren Preis des Angebots führen können. Ebenso hätte auch die Verhandlung über eine Beteiligung von zwei neuen Versicherungsgesellschaften an dem Angebot zu einem Zeitpunkt, zu dem weder der Preis des konkurrierenden Angebots bekannt war noch der Zuschlag des Auftrags sicher war, zu einem anderen Ergebnis führen können, das möglicherweise eine Erhöhung des Gesamtpreises des von Marsh vorgeschlagenen Angebots nach sich gezogen hätte. Im vorliegenden Fall dagegen konnten die beiden neuen Versicherungsgesellschaften, als sie Marsh ihre Zustimmung gaben, genau wissen, welche Vergütung sie maximal erzielen konnten.

98 Zwar wurde somit der Gesamtpreis des ausgewählten Angebots für die Kommission tatsächlich nicht geändert, zweifellos geändert wurden jedoch die Bedingungen für die Verhandlung zwischen dem Bieter und den Versicherungsgesellschaften.

99 Nach alledem wird dadurch, dass ein von Versicherungsgesellschaften beauftragter Makler als einzelner Bieter zur Teilnahme an einer Ausschreibung zugelassen wird, erstens die Prüfung der Vorteile eines Angebots durch den Bewertungsausschuss im Hinblick auf die im Lastenheft aufgestellten Bedingungen illusorisch, zweitens dem genannten Makler die Möglichkeit gegeben, gegebenenfalls einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den anderen Bietern zu erzielen, und drittens eine Ungleichbehandlung zugunsten des als einzelner Bieter auftretenden Maklers im Vergleich vor allem zu einem Wettbewerber herbeigeführt, der mit einer oder mehreren Versicherungsgesellschaft(en) ein gemeinsames Angebot einreicht.

100 Die Auslegung des Lastenhefts durch die Kommission dahin gehend, dass es einen Makler, der als einzelner Bieter auftritt, nicht ausschließt, widerspricht somit nicht nur den Bestimmungen der Ausschreibung, sondern auch dem Aufbau des Systems. Die Klägerin macht daher zu Recht geltend, dass die Teilnahme von Marsh an der Ausschreibung als Maklerin und einzelne Bieterin rechtswidrig gewesen sei.

101 Über diese Feststellung hinaus, die sich auf den Wortlaut und die Logik der Ausschreibung gründet, ist zu prüfen, ob im vorliegenden Fall, wie die Klägerin in der Erwiderung geltend macht, die Kommission nicht zudem gegen das Gleichbehandlungsgebot anlässlich ihres Schriftverkehrs mit Marsh nach der Öffnung der Angebote verstoßen hat.

– Zum Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot anlässlich des Schriftverkehrs zwischen der Kommission und Marsh nach der Öffnung der Angebote

102 Aus der oben in den Rn. 64 und 65 angeführten Rechtsprechung ergibt sich, dass der öffentliche Auftraggeber alle Bieter gleich behandeln und insoweit prüfen muss, ob die Angebote mit den Anforderungen des Auftrags übereinstimmen. Der öffentliche Auftraggeber darf ein Angebot nicht annehmen und einen Vertrag nicht unterzeichnen, wenn er Grund zur Annahme hat oder vernünftigerweise haben müsste, dass das Angebot, das er prüft oder bereits ausgewählt hat, mit den Anforderungen des Auftrags nicht übereinstimmt.

103 In diesem Zusammenhang ist der Schriftverkehr zwischen Marsh und der Kommission zu prüfen, wie er aus den Akten und insbesondere aus den Unterlagen hervorgeht, die die Kommission im Rahmen der prozessleitenden Maßnahme vom 11. September 2014 vorgelegt hat.

104 Am 25. Oktober 2013 reichte Marsh als Maklerin und einzelne Bieterin ihr Angebot bei der Kommission ein.

105 In diesem Angebot waren die eidesstattlichen Versicherungen von sechs Versicherungsgesellschaften enthalten, in denen jede Versicherungsgesellschaft ihr Einverständnis mit dem Inhalt des Angebots von Marsh erklärte, ihren Anteil an der Verpflichtung zur Leistung des Versicherungsschutzes für den Auftrag mitteilte und erklärte, dass sie alle Bedingungen der Spezifikationen des Auftrags „für ihren jeweiligen Anteil“ erfüllen werde. In einer dieser Erklärungen – der von AIG – war der folgende handschriftliche Vermerk angebracht:

„Mit Ausnahme der Klausel über die gesamtschuldnerische Haftung … Mit dieser Klausel sind wir nicht einverstanden.“ („except concerning the solidarity clause [Anhang IV, S. 9, Punkt 1]. We do not accept this clause“).

106 Im technischen Teil ihres Angebots erklärte Marsh, dass, da sie selbst (als Maklerin und Bieterin) und die von ihr vorgeschlagenen Versicherungsgesellschaften „weder eine Gemeinschaft bilden noch in einem Subunternehmerverhältnis zueinander stehen, … bestimmte in Anhang IV [der Aufforderung zur Angebotsabgabe] angeführte Modalitäten wie die gesamtschuldnerische Haftung der Versicherungsgesellschaften nicht für den vorliegenden Auftrag [gelten]“.

107 Mit Telefax vom 13. November 2013 bestätigte die Kommission den Eingang des Angebots von Marsh. In diesem Telefax machte die Kommission keine Bemerkungen und stellte keine Fragen zu den Dokumenten und Erklärungen des Angebots von Marsh, die die Art der Verpflichtung der Versicherungsgesellschaften betrafen.

108 Die Kommission wies Marsh lediglich darauf hin, dass ihr Angebot (in anderer Hinsicht) nicht mit allen erforderlichen Dokumenten und Informationen versehen war (technische Leistungsfähigkeit, Belege für frühere Versicherungen und versicherte Flächen). Marsh stellte die verlangten Informationen mit Telefax vom 15. und vom 18. November 2013 zur Verfügung.

109 Mit Telefax vom 27. November 2013 wies die Kommission Marsh darauf hin, dass für ihr Angebot zusätzliche Informationen erforderlich seien.

110 In diesem Telefax erklärte die Kommission, dass „der öffentliche Auftraggeber … zur Kenntnis genommen [hat], dass [Abschnitt] 3 des Anhangs IV der Aufforderung zur Angebotsabgabe keine Anwendung findet, da es sich weder um ein gemeinsames Angebot noch um das Angebot eines Unternehmenskonsortiums handelt“.

111 Die Kommission wies darauf hin, dass der öffentliche Auftraggeber zur Kenntnis genommen habe, dass das Angebot von Marsh eine 100%ige Deckung der abgesicherten Risiken vorschlage, dass jedoch eine Unstimmigkeit bei der Höhe der Beteiligungsanteile der beiden Versicherungsgesellschaften festgestellt worden sei. Zur Beseitigung dieser Unstimmigkeit forderte die Kommission Marsh auf, ihr die berichtigten und von den einzelnen Versicherungsgesellschaften unterzeichneten Mandate mit Angabe der jeweiligen Beteiligung zu übersenden.

112 Im Zusammenhang mit dieser Berichtigung forderte die Kommission – mit einer für den vorliegenden Rechtsstreit noch größeren Bedeutung – Marsh auf, zu „bestätigen, dass die zu versichernden Risiken zu 100 % in gesamtschuldnerischer Haftung aller beteiligten Versicherungsgesellschaften gemäß dem letzten Absatz von S. 1 des Entwurfs des Rahmenvertrags gedeckt sind".

113 Mit Telefax vom 28. November 2013 antwortete Marsh, sie bitte „um Erläuterung, was der Entwurf des Rahmenvertrags unter *der gesamtschuldnerischen Haftung aller beteiligten Versicherungsgesellschaften* versteht" (Hervorhebung durch Marsh).

114 Marsh führte aus, dass sie „unter Berücksichtigung der Versicherungspraktiken bei Angeboten, an denen ein führender Versicherer sowie Mitversicherer beteiligt sind, diesen Begriff dahin [versteht], dass alle bezeichneten Mitversicherer den führenden Versicherer ermächtigen, in ihrem Namen alle den Vertrag betreffenden Maßnahmen vorzunehmen". Marsh erklärte, dass „hierzu u. a. … Erklärungen, Änderungen, Schadensmeldungen, Verhandlungen, Regulierungen und der Ersatz des Schadens sowie der damit zusammenhängenden Kosten, alle rechtlichen Schritte sowie die Ausübung von Eintritts- und Rückgriffsrechten [gehören]" und dass „[f]erner … sich alle Mitversicherer automatisch und abschließend an die vom führenden Versicherer getroffenen Entscheidungen und Maßnahmen [halten], wodurch die Zustimmung aller Versicherer des Vertrags gegeben ist". Marsh bat die Kommission somit um Bestätigung, dass dieses Verständnis zutreffend sei.

115 Mit Telefax vom 2. Dezember 2013 erklärte die Kommission, dass sie „[die] Fragen [von Marsh] mit folgenden Erläuterungen beantworten [möchte]". Dort heißt es:

„Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass den zukünftigen Vertragspartner die Ergebnispflicht trifft, eine Versicherung gemäß den Bestimmungen des Lastenhefts (100%ige Deckung) ohne Unterbrechung während der gesamten Vertragsdauer bereitzustellen.

In diesem Zusammenhang obliegt es dem Bieter, die praktischen Modalitäten der Vertragsdurchführung festzulegen, die insbesondere die in Ihrem Schreiben beschriebenen Maßnahmen umfassen könnten.

Bezüglich des Begriffs der gesamtschuldnerischen Haftung verweise ich auf die Definition in Art. 5.1 der technischen Spezifikationen (siehe unten).

Wie Sie feststellen können, stellt dieser Artikel bei den Modalitäten der Vertragsdurchführung und -verwaltung keine besonderen Anforderungen an die führenden Versicherer, Makler oder Mitversicherer.

, ***5.1 Allgemeine Bestimmungen*** *Die Durchführung des Vertrags beginnt an dem Tag, an dem der Vertrag nach Art. 1.2.1 des Vertragsentwurfs in Kraft tritt. Wird das Angebot von mehreren zu einem Konsortium zusammengeschlossenen und gesamtschuldnerisch haftenden Versicherungsgesellschaften oder von mehreren zu einem Konsortium zusammengeschlossenen Versicherungsgesellschaften, die von einer gesamtschuldnerisch haftenden führenden Versicherungsgesellschaft vertreten werden, abgegeben, wird im Fall des Zuschlags der Vertrag von jeder Versicherungsgesellschaft unterzeichnet. In diesem Fall garantiert der Bieter, dass der öffentliche Auftraggeber ohne Unterbrechung während der gesamten Vertragsdauer voll versichert ist (100%ige Deckung), wobei die führende Versicherungsgesellschaft, wenn*

sie der Bieter ist, für den öffentlichen Auftraggeber die Aufgabe einer Kontaktstelle und die eines Verwalters des Vertrags während seiner Durchführung hat. ***Wird das Angebot von mehreren zu einem Konsortium zusammengeschlossenen und gesamtschuldnerisch haftenden Versicherungsgesellschaften abgegeben und werden die Versicherungsgesellschaften oder das Konsortium von einem Makler vertreten, wird im Fall des Zuschlags der Vertrag gemeinsam von jeder Versicherungsgesellschaft und dem Makler unterzeichnet****. In diesem Fall garantiert/garantieren die Versicherungsgesellschaft(en) ebenfalls, dass der öffentliche Auftraggeber ohne Unterbrechung während der gesamten Vertragsdauer voll versichert ist (100%ige Deckung). In diesem Fall hat der Makler für den öffentlichen Auftraggeber die Aufgabe einer Kontaktstelle und die eines Verwalters des Vertrags während seiner Durchführung. Der Makler erhält seine Vergütung unmittelbar von der oder den Versicherungsgesellschaft(en). Der Makler kann die Prämienzahlungen entgegennehmen und bei Schadensregulierungen als Mittler dienen.*‘

Nach alledem bitte ich Sie, die Einhaltung der Klausel über die gesamtschuldnerische Haftung, wie sie vorstehend und auf der ersten Seite des Entwurfs des Rahmenvertrags dargelegt wurde, zu bestätigen“ (Hervorhebung durch die Kommission).

116 Mit E-Mail vom 6. Dezember 2013 erklärte Marsh, sie sei „leider immer noch nicht sicher, dass [sie] die Verpflichtung, die [sie] [bezüglich der Frage der gesamtschuldnerischen Haftung der Versicherungsgesellschaften] nach dem Willen der Kommission übernehmen [soll], richtig verstanden [hat]“.

117 Marsh fügte hinzu, dass „zu viel auf dem Spiel [steht], um sich nicht die Zeit zu nehmen, die für ein – beiderseitig – richtiges Verständnis der von [Marsh] einzuhaltenden Vertragsbestimmungen erforderlich ist“. Marsh bat um ein Gespräch, um „das gegenseitige Verständnis dieser Klausel über die gesamtschuldnerische Haftung zu erörtern“, und wies darauf hin, dass dieses Gespräch „unmittelbar eine endgültige Antwort [von Marsh] bezüglich dieser Verpflichtung zur Folge haben [wird] und [Marsh] zweifellos in die Lage versetzen [wird], die Begriffe zu klären, die [sie] bisher an einer Antwort [an die Kommission] hinderten“.

118 Marsh führte weiterhin aus:

„Zu erwähnen ist der Umstand, dass Marsh, wie in unserer Bitte vom 28. November 2013 ausgeführt, ihr Angebot lediglich als Maklerin und nicht als Gruppe, Konsortium oder gemeinsames Angebot mit einer oder mehreren (selbst keine Gruppe darstellenden) Versicherungsgesellschaft(en) eingereicht hat. Dieses Prinzip, das in Ihrem Telefax vom 27. November 2013 anerkannt wurde, findet sich in Art. 5.1 der Modalitäten der Vertragsdurchführung, auf das Sie sich in ihrem letzten Telefax beziehen, nicht wieder (keiner der beiden dort beschriebenen Fälle entspricht unserem Angebot), obwohl die vorliegende Ausschreibung offen ist für Versicherungsgesellschaften und Makler.

Die Einreichung eines Angebots von Marsh als einzelner Bieterin, gestützt durch die Verpflichtungen der Versicherungsgesellschaften zur Erbringung einer 100%igen Deckung, setzt unseres Erachtens weder ein Konsortium im Sinne von Art. 5.1 voraus noch wird ein solches durch sie gebildet, da Letzteres ein einheitliches Angebot aller Mitglieder des Konsortiums verlangt, die damit sämtlich Bieter mit gesamtschuldnerischen Haftungssummen werden.

Diese Unterscheidung macht unseres Erachtens eine Klärung erforderlich, ob eine gesamtschuldnerische Haftung der Versicherungsgesellschaften besteht oder nicht.

Wir möchten auch besser verstehen, ob Marsh in ihrer Eigenschaft als einzelne Bieterin als (alleinige?) Vertragspartnerin anzusehen ist, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Definition des Vertragspartners Bezug nimmt auf ‚die Versicherungsgesellschaft oder das Versicherungsunternehmen, mit der oder

dem der Vertrag geschlossen wird …‘. Oder kann umgekehrt davon ausgegangen werden, dass die (einzelne) Bieterin nicht einmal Vertragspartnerin ist (weil sie Maklerin ist), was rechtlich gesehen äußerst kompliziert wäre?

Um schließlich auf den Begriff der gesamtschuldnerischen Haftung zurückzukommen, was genau meint dieser Begriff, wobei z. B. zu berücksichtigen ist, dass nach Art. 47 des Loi de contrôle [Gesetz über die Aufsicht] vom 9. Juli 1979 (in geänderter Fassung) (Umsetzung europäischer Richtlinien) die [Financial Services and Markets Authority] ohnehin Sanierungsmaßnahmen verlangen kann, die das Recht Dritter (die Gläubiger einer Versicherungsgesellschaft) berühren. In Anbetracht der Finanzlage einer belgischen Versicherungsgesellschaft könnte die [Financial Services and Markets Authority] Sanierungsmaßnahmen verlangen, die die gesamtschuldnerische Haftung z. B. deswegen berühren, weil eine gesamtschuldnerische Haftung die regelmäßige eigene Haftung der Versicherungsgesellschaft gefährden würde.“

119 Mit Telefax vom 18. Dezember 2013 antwortete die Kommission, dass das erbetene Treffen nicht möglich sei, da diese Art von Kontakt nicht zulässig sei. Sie wies darauf hin, dass sie, „was [die] Fragen [von Marsh] zur gesamtschuldnerischen Haftung betrifft, … Folgendes klarstellen [kann]“:

„Es ist darauf hinzuweisen, dass Gegenstand der vorliegenden Ausschreibung der Abschluss der Versicherungsverträge für jedes Los des Auftrags gemäß den in den Ausschreibungsunterlagen geregelten Modalitäten ist. Es handelt sich um direkte Versicherungsverträge, die das Vermögens- oder Haftungsrisiko des öffentlichen Auftraggebers beginnend mit der Unterzeichnung abdecken sollen, ohne dass später eine Versicherungspolice unterzeichnet wird. Hierzu bestimmt Art. 5.1 der technischen Spezifikationen, dass ‚d]ie Durchführung des Vertrags … an dem Tag [beginnt], an dem der Vertrag nach Art. 1.2.1 des Vertragsentwurfs in Kraft tritt‘.

Es würde aber über die Verpflichtungen, die ein Makler zulässigerweise übernehmen kann, hinausgehen, wenn man von einem Makler verlangen würde, einen Versicherungsvertrag im eigenen Namen ohne gesamtschuldnerische Verpflichtung der Versicherungsgesellschaften zu unterzeichnen. Dies ist der Grund, weshalb diese Situation im vorliegenden Auftrag keinen Niederschlag gefunden hat.

Aus diesem Grund sehen die Ausschreibungsunterlagen vor, dass die Verträge zwingend von den Versicherungsgesellschaften und gegebenenfalls vom Makler gemäß den in Punkt 5.1 der technischen Spezifikationen geregelten Modalitäten unterzeichnet werden. In diesem Fall haften die Unterzeichner des Vertrags gesamtschuldnerisch, wie im Muster des Vertrags im Anhang des Lastenhefts vorgesehen.

Wie bereits in unserem Telefax vom 27. November 2013 dargelegt, hat der Bieter die praktischen Modalitäten der Vertragsdurchführung sowie die Rollenverteilung zwischen den verschiedenen Versicherungsgesellschaften festzulegen, um die einwandfreie Vertragsdurchführung zu gewährleisten. Damit trifft den/die zukünftigen Vertragspartner eine Ergebnispflicht, die darin besteht, eine Versicherung gemäß den Bestimmungen des Lastenhefts (100%ige Deckung) ohne Unterbrechung während der gesamten Vertragsdauer bereitzustellen. In diesem Zusammenhang ist die gesamtschuldnerische Haftung eine zusätzliche Sicherheit für die öffentlichen Auftraggeber bei nicht einwandfreier Vertragserfüllung, ohne dass dies zur Folge hätte, dass den Unterzeichnern des Vertrags weitere Verpflichtungen in Bezug auf die Vertragsdurchführung auferlegt würden.

Nach alledem bitte ich Sie um Bestätigung, dass die Klausel über die gesamtschuldnerische Haftung, wie sie in den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere aber auf der ersten Seite des Entwurfs des Rahmenvertrags festgelegt und vorstehend erläutert wird, beachtet wird.

Im Übrigen teilen Sie in Ihrem Schreiben mit, dass Sie über Mandate der Versicherungsgesellschaften verfügen, die die 100%ige Deckung bestätigen. Ich wäre Ihnen dankbar, wenn Sie uns die genannten Mandate übersenden würden."

120 Mit Telefax vom 24. Dezember 2013 erwiderte Marsh:

„Unter Berücksichtigung der Erläuterungen in diesem Telefax, insbesondere in Bezug auf die zusätzliche Sicherheit, die die gesamtschuldnerische Haftung für die öffentlichen Auftraggeber bei nicht einwandfreier Vertragserfüllung darstellt, ohne dass dies zur Folge hätte, dass den Unterzeichnern des Vertrags weitere Verpflichtungen in Bezug auf die Vertragsdurchführung auferlegt würden, bestätigen wir Ihnen hiermit eine 100%ige Deckung.

Wir überreichen Ihnen insoweit anliegend die von den Versicherungsgesellschaften unterzeichneten Mandate, die zusammen die 100%ige Deckung anteilsmäßig bestätigen. Die ‚Überlagerung' der sechs unterzeichneten Mandate bestätigt die 100%ige Deckung für die gesamte Vertragsdauer.

In dieser Struktur (die, wie zu betonen ist, mit der identisch ist, die im Rahmen des aktuellen interinstitutionellen Vertrags besteht) legt Marsh somit ein Angebot vor, das aus sechs Versicherungsgesellschaften gebildet wird, die sich in der Form der Mitversicherung in den Rangverhältnissen beteiligen, die wir in den Schemata der unterzeichneten Mandate deutlich gemacht haben.

Diese Versicherungsgesellschaften bilden mit Marsh kein Konsortium, auch nicht untereinander, dies wurde ebenfalls klargestellt.

Da die Versicherungsgesellschaften kein Konsortium bilden, erklären sie, dass sie für den Teil des Vertrags, den sie ausführen werden, alle Bedingungen des Auftrags erfüllen werden (‚I declare that xxx will comply with all the terms of the tender specifications, for the part of the contract xxx will perform').

Diese Erklärungen erfüllen unseres Erachtens die Forderungen der öffentlichen Auftraggeber nach Sicherheiten für die einwandfreie Ausführung des Vertrags, doch sind wir zu unserem Bedauern trotz der wechselseitigen Bemühungen um Verständnis und Klärung nicht davon überzeugt, dass wir damit den Anforderungen des Vertrags nachkommen, da die gesamtschuldnerische Haftung in der Bedeutung, die Sie ihr möglicherweise geben wollen, von den Versicherungsgesellschaften nicht anerkannt wird. Sie könnte nämlich beinhalten, dass die einzelne Versicherungsgesellschaft die Haftung nicht nur für den Teil des Vertrags übernehmen muss, den sie ausführen wird, sondern bis zu 100 % des Vertrags, was dem Grundsatz der Mitversicherung widerspricht, da eine 100%ige, nicht aber eine 600%ige Deckung garantiert werden muss.

Um das Ziel zu erreichen, das Sie mit dem Verlangen nach einer gesamtschuldnerischen Haftung der Versicherungsgesellschaften erreichen wollen, möchten wir Ihnen bestätigen, dass jede einzelne Versicherungsgesellschaft für die Ausführung ihrer Beteiligung eine 100%ige Haftung gewollt und übernommen hat. Somit ist weder tatsächlich noch rechtlich ein Rückgriff auf die gesamtschuldnerische Haftung erforderlich.

Wir danken Ihnen im Voraus für die abschließende Klärung dieses Punktes."

121 Mit Telefax vom 8. Januar 2014 bedankte sich die Kommission bei Marsh für die Klarstellungen und Hinweise im Schreiben vom 24. Dezember 2013 und bat um folgende Informationen:

„Zum anderen wird, wie vorstehend ausgeführt, die Haftung Ihrer Gesellschaft und die der Versicherungsgesellschaften, deren Mandate mit Ihrem Angebot überreicht wurden, durch die Unterzeichnung des dem Lastenheft beigefügten Versicherungsvertrags festgeschrieben werden.

Ob das Angebot individuell oder von einem Bieterkonsortium abgegeben wurde, ist in diesem Stadium ohne Bedeutung, da der Versicherungsvertrag zwingend von den Versicherungsgesellschaften unterzeichnet werden muss, die mit ihrem Mandat die Ausführung im Fall des Zuschlags bestätigen. Aus dem Wortlaut Ihres Schreibens geht nicht eindeutig hervor, ob dies der Fall sein wird.

Ich bitte Sie daher um Bestätigung, dass im Fall des Zuschlags die vertragliche Haftung sowohl von Ihrer Gesellschaft als auch von den in Ihr Angebot aufgenommenen Mitversicherern unterzeichnet werden wird."

122 Mit E-Mail vom 10. Januar 2014 antwortete Marsh wie folgt:

„[W]ir bestätigen Ihnen hiermit, dass im Fall des Zuschlags Marsh und die in unser Angebot aufgenommenen Mitversicherer (deren Mandate in unserem Schreiben vom 24. Dezember 2013 erneut bestätigt wurden) den dem Lastenheft beigefügten Dienstleistungsvertrag insofern unterzeichnen werden, als unser ursprüngliches Angebot, die zu diesem Angebot gehörenden Mandate und die zusätzlichen Dokumente zur Klarstellung bezüglich insbesondere der gesamtschuldnerischen Haftung vollständig zu den konstituierenden Elementen des Auftrags gehören.

In Bezug auf S. 1 des genannten Vertrags werden Sie unseren früheren Schreiben entnommen haben, dass die Versicherungsgesellschaften in ihren Mandaten, die unserem Angebot beigefügt sind, erklären, dass sie für den Teil des Vertrags, den sie ausführen werden, alle Bedingungen des Auftrags erfüllen werden (‚I declare that xxx will comply with all the terms of the tender specifications, for the part of the contract xxx will perform').

In der Hoffnung, Ihren Erwartungen entsprochen zu haben, verbleiben wir mit freundlichen Grüßen".

123 In seinem Protokoll vom 13. Januar 2014 ging der Bewertungsausschuss davon aus, dass unter Berücksichtigung aller Antworten Marsh die in der Bekanntmachung angeführten Kriterien für den Nicht-Ausschluss und für die Auswahl erfülle. In Bezug auf die finanzielle Bewertung vertrat der Bewertungsausschuss die Auffassung, dass Marsh die angeforderten Informationen und Dokumente zur Verfügung gestellt habe und dass ihr Angebot für das Los Nr. 1, wie es vom Bieter erläutert worden sei, den Bestimmungen des Lastenhefts entspreche und sich für die finanzielle Bewertung qualifiziere.

124 Am 30. Januar 2014 erließ die Kommission die angefochtene Entscheidung.

125 Aus der obigen Darstellung des Schriftverkehrs zwischen Marsh und der Kommission geht jedoch hervor, dass für die Kommission nach kurzer Zeit kein Zweifel mehr daran bestehen konnte, dass das Angebot von Marsh vom 25. Oktober 2013 in seiner Zusammenstellung – und damit auch in seiner Kalkulation – nicht auf einer gesamtschuldnerischen Haftung beruhte, d. h. einer Verpflichtung jeder einzelnen Versicherungsgesellschaft, gegebenenfalls das gesamte Versicherungsrisiko zu decken.

126 Spätestens nach Erhalt des Telefax von Marsh vom 24. Dezember 2013 (siehe oben, Rn. 120) und insbesondere nach Erhalt der E-Mail vom 10. Januar 2014 (siehe oben, Rn. 122) hätte die Kommission erkennen müssen, dass das Angebot von Marsh, wie diese selbst bestätigte, konkret nur eine gemeinsame Haftung der Versicherungsgesellschaften entsprechend ihren jeweiligen Anteilen beinhaltete. Die Kommission hätte somit feststellen müssen, dass das Angebot von Marsh nicht den Anforderungen des Auftrags entsprach, und zu dem Ergebnis gelangen müssen, dass eine Unterzeichnung des Vertrags mit Marsh einen Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung bezüglich des anderen Bieters darstellen würde.

127 Der Umstand schließlich, dass nach dem Ausscheiden von AIG und nach ihrer Ersetzung durch zwei andere Versicherungsgesellschaften der Versicherungsschutz, den der zwischen der Kommission, Marsh und den letztlich von Marsh vorgeschlagenen Versicherungsgesellschaften geschlossene Vertrag

gewährte, die gesamtschuldnerische Verpflichtung dieser Versicherungsgesellschaften mit sich brachte, stellt die Schlussfolgerung oben in Rn. 126 nicht in Frage. Diese Entwicklungen bestätigen im Gegenteil nur, was bereits aus dem Schriftverkehr hervorgeht, der vor der angefochtenen Entscheidung stattfand.

128 Im vorliegenden Klageverfahren kommt es nicht darauf an, dass der Versicherungsschutz, der letztlich von Marsh und den Versicherungsgesellschaften gewährt wurde, aufgrund dieser Entwicklungen die nach dem Lastenheft erforderliche gesamtschuldnerische Haftung ohne Änderung des im Angebot von Marsh vom 25. Oktober 2013 angeführten Preises umfasste, sondern dass das Angebot von Marsh, wie es eingereicht wurde, diese gesamtschuldnerische Haftung nicht vorsah und damit nicht in Einklang mit dem Lastenheft erstellt worden war.

129 Soweit die Kommission eine Reihe ungewöhnlicher Umstände anführt, insbesondere den handschriftlichen Vermerk auf dem oben in Rn. 105 angeführten Mandat von AIG („Mit Ausnahme der Klausel über die gesamtschuldnerische Haftung … Mit dieser Klausel sind wir nicht einverstanden.“) und sodann die nachfolgende Übersendung eines Mandats von AIG, das diesen Vermerk nicht enthielt (siehe oben, Rn. 120), so kann dies nicht den Umstand in Frage stellen, dass die Kommission nicht übersehen konnte, dass eine gesamtschuldnerische Haftung in dem Angebot von Marsh nicht vorgesehen war.

130 Zwar übersandte nämlich Marsh nach Aufforderung der Kommission an diese ein Mandat von AIG, die den genannten handschriftlichen Vermerk nicht mehr enthielt, doch legte dieses Mandat weiterhin eine Grenze für die finanzielle Verpflichtung der Versicherungsgesellschaft fest und bestimmte, dass die Versicherungsgesellschaft sich „für den Teil des Vertrags, den sie ausführen wird“ (for the part of the contract it will perform), zur Einhaltung der Bedingungen des Angebots verpflichtete. Die bloße Entfernung des oben in Rn. 129 genannten handschriftlichen Vermerks bedeutete daher nicht, dass AIG auf den Ausschluss der gesamtschuldnerischen Haftung verzichtet hatte.

131 Außerdem – und dies erscheint noch bedeutsamer – war dieses Mandat von AIG, das keinen handschriftlichen Vermerk enthielt (wie auch die fünf anderen gleichlautenden Mandate der fünf anderen von Marsh vorgeschlagenen Versicherungsgesellschaften), dem Schreiben von Marsh vom 24. Dezember 2013 beigefügt. Dieses Schreiben schloss ausweislich seines Wortlauts (siehe oben, Rn. 120) die gesamtschuldnerische Haftung der Versicherungsgesellschaften ausdrücklich aus. Die Kommission konnte daher bei dessen Durchsicht insoweit keine vernünftigen Zweifel haben. Im Ergebnis hätte die Entfernung des handschriftlichen Vermerks, durch die alle Mandate der von Marsh vorgeschlagenen Versicherungsgesellschaften (die sämtlich Bezug nahmen auf die für die Verpflichtung der Versicherungsgesellschaften geltende Erklärung „jede für den Teil des Vertrags, den sie ausführen wird“) nunmehr eine einheitliche Formulierung erhielten, zusammen mit dem Wortlaut des Schreibens vom 24. Dezember 2013 die Kommission umso mehr davon überzeugen müssen, dass sich bei dem Angebot von Marsh für sie ein Problem im Hinblick auf die gesamtschuldnerische Haftung ergab.

132 Nach dem Schreiben vom 24. Dezember 2013 konnte die E-Mail vom 10. Januar 2014 (siehe oben, Rn. 122) für die Kommission schließlich nur eine Bestätigung dafür sein, dass eine gesamtschuldnerische Haftung der Versicherungsgesellschaften im Angebot von Marsh tatsächlich nicht vorgesehen war. Der Kommission konnte somit nicht verborgen geblieben sein, dass dieses Angebot nicht anforderungsgerecht war und dass es auf der Grundlage einer finanziellen Verpflichtung erstellt worden war, die keinen Bezug zu den Grundlagen des Angebots der Klägerin hatte. Die Kommission verstieß daher offensichtlich gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, als sie den Schriftverkehr mit Marsh fortsetzte und die angefochtene Entscheidung erließ, statt festzustellen, dass das Angebot von Marsh nicht anforderungsgerecht war, und dieses auszuschließen.

133 Nach alledem ist der erste Teil des einzigen Nichtigkeitsgrundes begründet.

Zum zweiten Teil des Klagegrundes: Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz wegen der Änderung des Angebots von Marsh nach der Öffnung der Angebote

134 Die Klägerin macht geltend, die Zusammensetzung des von Marsh gebildeten Konsortiums sei nach der Öffnung der Angebote geändert worden. Zumindest eine der Versicherungsgesellschaften, d. h. AIG, die eine gesamtschuldnerische Haftung für die Ausführung des Auftrags abgelehnt habe, sei nämlich ausgeschlossen worden.

135 Diese Änderung der Zusammensetzung des von Marsh gebildeten Konsortiums nach der Öffnung der Angebote könne nicht als „Klarstellung“ des Angebotsinhalts oder als „Berichtigung eines sachlichen Irrtums“ im Sinne von Art. 160 Abs. 3 der Durchführungsverordnung angesehen werden. Indem sie diese Änderung genehmigt habe, habe die Kommission gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter in Verbindung mit Art. 112 Abs. 1 der Haushaltsordnung und Art. 160 der Durchführungsverordnung verstoßen.

136 Schließlich sei es offensichtlich, dass das Verwaltungsverfahren zu einem anderen Ergebnis hätte gelangen können, wenn es diesen Rechtsverstoß bei der Vergabe des Auftrags nicht gegeben hätte. Hätte nämlich die Kommission das Angebot von Marsh als nicht anforderungsgerecht zurückgewiesen, wäre der Auftrag an die Klägerin vergeben worden, da sie das einzige andere Unternehmen gewesen sei, das in diesem Verfahren ein Angebot abgegeben habe und dessen Angebot anforderungsgerecht gewesen sei.

137 In der Erwiderung macht die Klägerin auf der Grundlage der neuen Gesichtspunkte geltend, dass die rechtswidrigen Änderungen des Angebots von Marsh in dreierlei Hinsicht erfolgt seien.

138 Erstens seien die Identität der Versicherungsgesellschaften, von denen Marsh beauftragt worden sei, und ihre finanzielle Situation nicht nur eine praktische Modalität der Vertragsdurchführung. Die Ablösung von AIG durch andere Versicherungsgesellschaften nach Öffnung der Angebote sei eine rechtswidrige Änderung des Angebots gewesen.

139 Obwohl zweitens der Gesamtpreis des Angebots von Marsh unverändert geblieben sei, hätten sich die Bedingungen für die Verhandlung zwischen dem Bieter und den bisherigen und neuen Versicherungsgesellschaften zweifellos von den Bedingungen vor der Einreichung des Angebots unterschieden, da zum einen der von der Klägerin vorgeschlagene Preis nunmehr bekannt gewesen sei und zum anderen die Versicherungsgesellschaften die Sicherheit gehabt hätten, dass der Auftrag an Marsh vergeben werde. Damit hätten der Ausschluss von AIG und der Vorschlag neuer Anteile zwischen den Versicherungsgesellschaften zu einem Wettbewerbsvorteil für Marsh geführt.

140 Drittens habe die Kommission Marsh erlaubt, ihr Angebot, das sie in rechtswidriger Weise als einzelne Bieterin ohne gesamtschuldnerische Haftung eingereicht habe, in ein gemeinsames Angebot mit gesamtschuldnerischer Haftung „umzuwandeln“. Da die Versicherungsgesellschaften ausdrücklich jede gesamtschuldnerische Haftung abgelehnt hätten und sich nur für ihren Vertragsteil verpflichtet hätten, habe die Kommission mit Marsh nicht in Kontakt treten dürfen, um „Klarstellungen“ oder spätere „Berichtigungen“ anzufordern.

141 Indem die Kommission Dokumente und wesentliche Änderungen des Angebots von Marsh nach Öffnung der Angebote akzeptiert habe, habe sie gegen die grundlegende Regel verstoßen, wonach die Vergabe eines Auftrags aufgrund der fristgemäß eingereichten Angebote, nicht aber aufgrund späterer Gesichtspunkte erfolge.

142 Die Kommission widerspricht dem Standpunkt der Klägerin.

143 Erstens sei Marsh als Makler und einzelner Bieter und nicht als Konsortium aufgetreten. Es habe somit keine „Änderung des Konsortiums“ stattgefunden.

144 Zweitens seien die Kontakte zwischen der Kommission und den Bietern (sowohl Marsh als auch die Klägerin) vor der Vergabeentscheidung unter vollständiger Beachtung der für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften hergestellt worden. Was Marsh betrifft, hätten diese Kontakte – vollständig im Einklang mit Art. 158 Abs. 3 und Art. 160 Abs. 3 der Durchführungsverordnung – in der Aufforderung bestanden, die Belege bezüglich der Auswahlkriterien zu vervollständigen, sachliche Irrtümer zu berichtigen und zu erläutern, wie bestimmte Pflichten aus dem Lastenheft eingehalten worden seien. Eine Änderung der Bedingungen des Angebots von Marsh – 100%ige Deckung der im Lastenheft genannten Risiken sowie Angebotspreis – habe nicht stattgefunden.

145 Drittens habe nach der Auftragsvergabe und auch noch, nachdem zwei Exemplare des Vertragsentwurfs an Marsh zur Unterzeichnung versandt worden seien, AIG, die sowohl eine der Versicherungsgesellschaften sei, die Marsh ursprünglich ein Mandat für den Vertrag erteilt hätten, als auch die mit der Klägerin in einem Konsortium verbundene Versicherungsgesellschaft sei, die Unterzeichnung des Vertrags, wie er vom Lastenheft vorgesehen sei, abgelehnt. Entgegen den Behauptungen der Klägerin sei aber keine Versicherungsgesellschaft von der Kommission oder von Marsh „ausgeschlossen“ worden. Es sei die Versicherungsgesellschaft selbst gewesen, die die Unterzeichnung des Versicherungsvertrags abgelehnt habe.

146 Die Kommission weist darauf hin, dass Marsh, die ihr Angebot als Maklerin und einzelne Bieterin eingereicht habe, die Aufgabe gehabt habe, die praktischen Modalitäten der Vertragsdurchführung sowie die Rollenverteilung zwischen den verschiedenen Versicherungsgesellschaften festzulegen, um die einwandfreie Vertragsdurchführung zu gewährleisten, wobei selbstverständlich jede Änderung der Bedingungen ihres Angebots ausgeschlossen gewesen sei. Auch habe Marsh vorgeschlagen (und die Kommission habe gebilligt), dass die anderen Versicherungsgesellschaften, die Marsh bereits ein Mandat erteilt hätten, und zwei neue Versicherungsgesellschaften an die Stelle von AIG treten sollten. Der Versicherungsvertrag habe dann am 27. Februar 2014 unterzeichnet werden können.

147 Insoweit sei hervorzuheben, dass die Ablösung von AIG keine Änderungen der Vertragsbedingungen oder der Bedingungen des ursprünglichen Angebots von Marsh zur Folge gehabt habe, die nach Art. 112 Abs. 1 der Haushaltsordnung untersagt seien, da Marsh ihr Angebot als einzelne Bieterin eingereicht habe, sie allein die Kriterien für die Auftragserteilung erfüllt habe, die Bedingungen ihres Angebots (100%ige Deckung und Preis) nicht geändert worden seien und der von ihr und den Versicherungsgesellschaften unterzeichnete Vertrag mit dem Vertragsentwurf, der dem Lastenheft beigefügt sei, vollständig im Einklang stehe (und mit ihm sogar identisch sei).

148 Es sei ferner darauf hinzuweisen, dass auch nach Unterzeichnung und Inkrafttreten des Vertrags der erfolgreiche Bieter an die Verpflichtung gebunden sei, den Vertrag nach Maßgabe seines Angebots und des Lastenhefts auszuführen. Wenn eine der Versicherungsgesellschaften, die den Vertrag unterzeichnet hätten, zurücktrete oder zahlungsunfähig sei, sei der Zuschlagsempfänger verpflichtet, der Kommission eine Alternative vorzuschlagen, die keine Änderung seines Angebots oder des Lastenhefts beinhalte. Die Klägerin sehe in ihrem Angebot selbst den Fall vor, dass die zu ihrem Konsortium gehörende Versicherungsgesellschaft ersetzt werde, indem sie dort ausführe, dass, „[wenn] die Versicherungsgesellschaft aus einem von unserem Willen unabhängigen Grund den Versicherungsvertrag kündigen [muss], wird sich Vanbreda nach Kräften dafür einsetzen, dass die Deckung zu den ursprünglich vereinbarten Bedingungen garantiert werden kann“.

149 In der Gegenerwiderung verweist die Kommission gegenüber dem Vorbringen, sie habe in rechtswidriger Weise das Angebot von Marsh in dreierlei Hinsicht (Identität und Anteile der Versicherungsgesellschaften, Natur des Angebots) geändert, auf die Klagebeantwortung und trägt Folgendes vor. Was die Ablösung einer der Versicherungsgesellschaften betreffe, so sei diese ohne Änderung der Bedingungen des Angebots erfolgt (100%ige Deckung, gesamtschuldnerische Verpflichtung der Versicherungsgesellschaften und Preis). Was die Anteile betreffe, so gehörten diese zu den internen Beziehungen zwischen den Versicherungsgesellschaften, die Marsh mit der Vertragsausführung beauftragt hätten, nicht aber zum Auftrag selbst. Bezüglich der angeblichen

Umwandlung des einzeln abgegebenen Angebots ohne gesamtschuldnerische Haftung in ein gemeinsames Angebot mit gesamtschuldnerischer Haftung verweist die Kommission auf ihre Ausführungen betreffend das Nichtvorliegen einer Umwandlung.

150 Nach Art. 112 Abs. 1 der Haushaltsordnung sind während eines Vergabeverfahrens Kontakte zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Bewerbern oder Bietern nur unter Bedingungen zulässig, die Transparenz und Gleichbehandlung gewährleisten. Sie dürfen weder eine Änderung der Vertragsbedingungen noch des ursprünglichen Angebots zur Folge haben.

151 Nach Art. 160 der Durchführungsverordnung sind im Verlauf eines Vergabeverfahrens Kontakte zwischen Auftraggeber und Bietern ausnahmsweise zulässig. Erfordert ein Angebot nach Öffnung der Angebote Klarstellungen oder sind offenkundige sachliche Irrtümer im Wortlaut des Angebots zu berichtigen, so kann der öffentliche Auftraggeber aus eigener Initiative mit dem Bieter Kontakt aufnehmen; dies darf jedoch nicht zu einer inhaltlichen Änderung des Angebots führen.

152 Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den Umständen, die im Rahmen des ersten Teils des einzigen Klagegrundes geprüft worden sind, dass die Kontakte zwischen Marsh und der Kommission nach Öffnung der Angebote insbesondere die Voraussetzung der gesamtschuldnerischen Haftung betrafen, die eine wesentliche Voraussetzung des Lastenhefts ist.

153 Diese Kontakte ergaben, dass das Angebot von Marsh vom 25. Oktober 2013 im Wesentlichen nicht die im Lastenheft vorgesehene gesamtschuldnerische Verpflichtung umfasste und dass folglich nicht davon ausgegangen werden konnte, dass der Preis des Angebots von Marsh im Einklang mit den Bestimmungen des Auftrags gebildet worden war.

154 Obwohl die Kommission hieraus unverzüglich die Konsequenzen hätte ziehen müssen und den Auftrag nicht an Marsh hätte vergeben dürfen, was umso mehr gilt, als im vorliegenden Fall der Zuschlag auf das preisgünstigste Angebot erfolgte, schritt die Kommission zur Vergabe dieses Auftrags. Nachdem eine Versicherungsgesellschaft die Übernahme der gesamtschuldnerischen Haftung und die Unterzeichnung des Versicherungsvertrags verweigert hatte, wurde diese Versicherungsgesellschaft durch zwei neue Versicherungsgesellschaften ersetzt, die Anteile wurden neu bestimmt und der Vertrag wurde letzten Endes zwischen der Kommission einerseits sowie Marsh und sieben Versicherungsgesellschaften andererseits geschlossen.

155 Zur Rechtfertigung ihrer Position bezieht sich die Kommission auf die Verpflichtung des Zuschlagsempfängers, ihr bei Zahlungsunfähigkeit oder Rücktritt einer der Versicherungsgesellschaften, die den Vertrag unterzeichnet haben, eine Alternative vorzuschlagen, die keine Änderung des Angebots oder des Lastenhefts beinhaltet.

156 Es genügt der Hinweis, dass es sich im vorliegenden Fall nicht um einen Rücktritt oder eine Zahlungsunfähigkeit einer Versicherungsgesellschaft nach Unterzeichnung des Versicherungsvertrags handelte, durch die der Zuschlagsempfänger in der Tat vertraglich verpflichtet wäre, eine Lösung zu finden, um die Kontinuität der vertraglichen Leistungen sicherzustellen, sondern um einen Rücktritt, der vor der Unterzeichnung des Vertrags erfolgte und somit den Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe unterliegt.

157 Nach alledem führten die Kontakte zwischen der Kommission und Marsh im Wesentlichen zu einer grundlegenden Änderung der Bestimmungen des ursprünglichen Angebots von Marsh und verstießen damit gegen die für das öffentliche Auftragswesen geltenden Vorschriften und insbesondere gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter.

158 Somit ist davon auszugehen, dass der zweite Teil des Nichtigkeitsgrundes ebenfalls begründet ist.

Ergebnis zum Antrag auf Nichtigerklärung

159 Nach alledem ist der vorliegende Klagegrund für stichhaltig zu erachten und die angefochtene Entscheidung daher für nichtig zu erklären, ohne dass über den dritten Teil des Klagegrundes, mit dem ein Verstoß gegen den Grundsatz der Transparenz gerügt wird, entschieden zu werden braucht.

Zu dem Antrag auf Schadensersatz

160 Die Klägerin führt aus, sie habe mehrere Rechtsverstöße der Kommission dargetan, die jeweils für sich genommen, zumindest aber in ihrer Gesamtheit einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das Unionsrecht darstellten.

161 Was den erlittenen Schaden betreffe, so bestehe dieser für die Klägerin in dem Verlust einer Chance bzw. der Gewissheit, den Zuschlag zu erhalten, sowie in einem Verlust an Referenzen und in einem immateriellen Schaden.

162 Die Klägerin vertritt die Auffassung, diese Schäden könnten nach billigem Ermessen pauschal auf 1 000 000 Euro beziffert werden.

163 Es sei nämlich offensichtlich, dass das Verwaltungsverfahren zu einem anderen Ergebnis hätte führen können, wenn es diesen Rechtsverstoß der Kommission bei der Vergabe des Auftrags nicht gegeben hätte. Hätte nämlich die Kommission das Angebot von Marsh zurückgewiesen, wäre der Auftrag an die Klägerin vergeben worden, da sie das einzige andere Unternehmen gewesen sei, das an dieser Ausschreibung teilgenommen habe und ein Angebot abgegeben habe, das mit dem Lastenheft im Einklang stehe.

164 Zudem sei es unbestreitbar, dass ein Auftrag, der die Versicherung gegen Feuer, die damit verbundenen Risiken bezüglich der Immobilien und ihres Inventars für alle beteiligten europäischen Organe zum Gegenstand habe, eine sehr wichtige Referenz für ähnliche Ausschreibungen darstelle. Über bloße Referenzen hinaus seien die Bescheinigungen über die ordnungsgemäße Ausführung von entscheidender Bedeutung für die Phase der technischen Auswahl bei zukünftigen Ausschreibungen. Solche Bescheinigungen seien zudem im vorliegenden Auswahlverfahren verlangt worden. Es liege aber auf der Hand, dass, da der Auftrag nicht an sie vergeben worden sei, der Klägerin der Vorteil verloren gegangen sei, den die Bescheinigungen über die ordnungsgemäße Ausführung bezüglich dieses mehrere europäische Organe umfassenden Auftrags bedeuteten.

165 Der Umstand schließlich, dass die Kommission das Angebot der Klägerin nicht ausgewählt habe, obwohl dieses das einzige vorschriftsmäßige Angebot gewesen sei, das im Rahmen dieses Verfahrens eingereicht worden sei, stehe im Widerspruch zu den berechtigten Erwartungen der Klägerin, den Auftrag zu erhalten, und habe ihr einen immateriellen Schaden zugefügt.

166 In der Erwiderung weist die Klägerin darauf hin, dass sie in erster Linie die reale Ausführung des Auftrags erstrebe. Sie habe daher eine vollständige Entschädigung durch Wertersatz nur für den Fall verlangt, dass ihr diese Ausführung bis zum Urteil des Gerichts nicht übertragen werde.

167 Die Klägerin trägt vor, sie habe das schuldhafte Verhalten der Kommission bereits umfassend nachgewiesen. Was den Schaden betreffe, so sei dieser real und sicher. Was die rechtliche Möglichkeit angehe, auf das Vergabeverfahren zu verzichten und ein neues Verfahren zu beginnen, so habe diese angesichts der Umstände des vorliegenden Falles nur rein theoretisch bestanden. Die Wahrscheinlichkeit, dass die Klägerin den Vertrag erhalte, sei praktisch sicher gewesen. In rein finanzieller Hinsicht belaufe sich der Wert des Vertrags bei einer Laufzeit von vier Jahren auf 3 742 000 Euro. Die Klägerin behauptet, sie habe durch den Verlust an Referenzen und an Ansehen einen immateriellen Schaden erlitten. Dieser Schaden könne auf 1 000 000 Euro angesetzt werden.

168 Die Kommission stellt in Abrede, einen Rechtsverstoß begangen zu haben. Hilfsweise trägt sie vor, sie habe keine schwerwiegende und offensichtliche Verletzung der Grenzen ihres Ermessens begangen. Aus dem vorliegenden Sachverhalt gehe vielmehr eindeutig hervor, dass sie in gutem Glauben alles daran gesetzt habe, zum einen sicherzustellen, dass das Vergabeverfahren alle relevanten Rechtsvorschriften einhalte, zum anderen zu prüfen, ob die eingegangenen Angebote vollständig mit dem Lastenheft im Einklang ständen, und schließlich zu gewährleisten, dass der neue Versicherungsvertrag rechtzeitig in Kraft trete und eine 100%ige Deckung des öffentlichen Auftraggebers sicherstelle.

169 Bezüglich des Schadens mache die Klägerin in sehr knapper Form den Ersatz von drei verschiedenen Arten von Schäden geltend, die sie angeblich erlitten habe. Sie weise nicht nach, dass diese angeblichen Schäden real und sicher seien.

170 Was erstens den Verlust einer Chance betreffe, den Auftrag zu erhalten, so habe die Klägerin nichts verloren, da ihr Angebot nicht den niedrigsten Preis enthalten habe und die Kommission keinen Grund gehabt habe, das Angebot von Marsh auszuschließen oder als nicht anforderungsgerecht anzusehen.

171 Was zweitens den Verlust an Referenzen angeht, so gebe es keinen realen und sicheren Schaden. Zum einen könne sich allein dadurch, dass es an einer neuen Referenz fehle, nichts an der Fähigkeit der Klägerin zur Teilnahme an zukünftigen ähnlichen Ausschreibungen ändern. Zum anderen sei dieser Schaden hypothetisch: Die Klägerin könne nicht behaupten, sie hätte mit Sicherheit eine Bescheinigung über die ordnungsgemäße Vertragsausführung erhalten, da der Erhalt dieser Bescheinigung an die konkrete Ausführung des Vertrags gebunden sei und nicht im Voraus zugesichert werden könne.

172 Drittens fehle es an der Individualisierung eines immateriellen Schadens. Die Klägerin beschränke sich auf den Vortrag, dass die Nichtvergabe im Widerspruch zu ihren „berechtigten Erwartungen“ stehe. Im Übrigen habe der öffentliche Auftraggeber bei der Klägerin zu keiner Zeit die Erwartung oder das berechtigtes Vertrauen geweckt, dass der Auftrag an sie vergeben werde.

173 In der Gegenerwiderung weist die Kommission darauf hin, dass die Klägerin die Aussetzung des Vertrags und die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens erreicht habe, nach dessen Abschluss sie gemeinsam einen Vertrag mit einer Laufzeit von höchstens 18 Monaten beginnend mit dem 17. Februar 2015 geschlossen hätten. Diese Umstände seien bei der Schadensberechnung zu berücksichtigen.

174 Bei dieser Sachlage seien die geltend gemachten Schäden weder reale noch sichere noch der Klägerin eigene Schäden. So hätte das Angebot der Klägerin, wenn das Lastenheft restriktiv ausgelegt worden wäre oder das Angebot von Marsh als ein gemeinsames Angebot anzusehen wäre, nicht als gültig angesehen werden können.

175 Zudem hätte die Kommission durchaus auf das streitige Vergabeverfahren verzichten können.

176 Die Kommission bestreitet die Höhe des geltend gemachten Schadens. Der angeblich entgangene Gewinn sei nicht der Gewinn der Klägerin, die nur eine auf eigene Rechnung handelnde Maklerin sei.

177 Was den auf den aus dem angeblich außergewöhnlichen Charakter des Auftrags zurückzuführenden immateriellen Schaden angeht, stellt die Kommission diesen außergewöhnlichen Charakter in Abrede.

178 Nach Art. 340 Abs. 2 AEUV ersetzt die Union im Bereich der außervertraglichen Haftung den durch ihre Organe oder Bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachten Schaden nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind.

179 Nach ständiger Rechtsprechung hängt die Auslösung der außervertraglichen Haftung der Union im Sinne der oben genannten Vorschrift wegen rechtswidrigen Verhaltens ihrer Organe von einer Reihe von Voraussetzungen ab, nämlich der Rechtswidrigkeit des dem betreffenden Organ oder der Einrichtung der Union vorgeworfenen Verhaltens, dem tatsächlichen Vorliegen eines Schadens und dem Bestehen eines Kausalzusammenhangs zwischen dem behaupteten Verhalten und dem geltend gemachten Schaden (Urteile vom 29. September 1982, Oleifici Mediterranei/EWG, 26/81, Slg, EU:C:1982:318, Rn. 16, vom 9. September 2008, FIAMM u. a./Rat und Kommission, C-120/06 P und C-121/06 P, Slg, EU:C:2008:476, Rn. 106 und 164 bis 166, vom 9. September 2010, Evropaïki Dynamiki/Kommission, T-300/07, Slg, EU:T:2010:372, Rn. 137, und vom 16. Oktober 2014, Evropaïki Dynamiki/Kommission, T-297/12, EU:T:2014:888, Rn. 28). Was ferner die Voraussetzung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens betrifft, so ist diese nach der Rechtsprechung nur erfüllt, wenn ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen eine Rechtsnorm nachgewiesen wird, die dem Einzelnen Rechte verleiht. Das entscheidende Kriterium für die Beurteilung der Frage, ob ein Verstoß gegen das Unionsrecht als hinreichend qualifiziert angesehen werden kann, besteht darin, ob das betreffende Organ oder die betreffende Einrichtung der Union die Grenzen, die seinem bzw. ihrem Ermessen gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschritten hat (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 4. Juli 2000, Bergaderm und Goupil/Kommission, C-352/98 P, Slg, EU:C:2000:361, Rn. 42 bis 44, vom 10. Dezember 2002, Kommission/Camar und Tico, C-312/00 P, Slg, EU:C:2002:736, Rn. 54; AFCon Management Consultants u. a./Kommission, oben in Rn. 65 angeführt, EU:T:2005:107, Rn. 93, und Evropaïki Dynamiki/Kommission, EU:T:2014:888, Rn. 29).

180 Was die Haftungsvoraussetzung der Rechtswidrigkeit angeht, ist darauf hinzuweisen, dass u. a. ein Verstoß der Kommission gegen die Gleichbehandlung der Bieter festgestellt worden ist. Mit diesem Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot, dessen Beachtung für die Rechtmäßigkeit der Ausschreibungsverfahren essenziell ist, hat die Kommission gegen eine Rechtsnorm verstoßen, die bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen (vgl. in diesem Sinne Urteile AFCon Management Consultants u. a./Kommission, oben in Rn. 65 angeführt, EU:T:2005:107, Rn. 91, und vom 2. März 2010, Arcelor/Parlament und Rat, T-16/04, Slg, EU:T:2010:54, Rn. 134).

181 Ferner ist festzustellen, dass es sich vorliegend um einen hinreichend qualifizierten Verstoß handelt. Indem die Kommission das Ausschreibungsverfahren mit Marsh unter den vor allem in den Rn. 102 bis 128 und 151 bis 156 dargelegten Umständen zum Abschluss brachte, überschritt sie offenkundig und erheblich die Grenzen ihres Ermessens.

182 Was die Haftungsvoraussetzungen des Vorliegens eines Schadens und des Bestehens eines Kausalzusammenhangs zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden angeht, so macht die Kommission vor allem in Bezug auf den Kausalzusammenhang geltend, das Angebot der Klägerin hätte, wenn das Lastenheft restriktiv ausgelegt worden wäre oder das Angebot von Marsh als ein gemeinsames Angebot anzusehen wäre, nicht als gültig angesehen werden können.

183 Dieses Vorbringen beinhaltet zwei Aspekte.

184 Erstens bedeutet dieses Vorbringen der Kommission, dass die nicht restriktive Auslegung der Ausschreibung, die von der Kommission befürwortet wird und nach der ein Angebot, das von einem Makler als einzelnem Bieter eingereicht wird, gültig ist, auch für die Klägerin von Vorteil gewesen wäre, deren Angebot ohne diese nicht restriktive Auslegung angeblich nicht als gültig hätte angesehen werden können. Nach Auffassung der Kommission hätte daher das Angebot in einer von der Klägerin befürworteten restriktiven Auslegung auf jeden Fall das Angebot der Klägerin ausgeschlossen. Es könne somit keinen Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung der Kommission, die in Wahrheit den Interessen der Klägerin gedient habe, und der Zurückweisung des Angebots der Klägerin geben.

185 Dieser Einwand ist zurückzuweisen.

186 So wenig nämlich (wie dies bei der Prüfung des ersten Teils des einzigen Nichtigkeitsgrundes festgestellt worden ist) die Bedingungen und der Aufbau der Ausschreibung die Einreichung eines Angebots durch einen als einzelner Bieter auftretenden Makler ausschlossen, so wenig standen diese Bedingungen und dieser Aufbau der Einreichung eines gemeinsamen Angebots durch ein Konsortium entgegen, das aus einem Makler und einer einzigen Versicherungsgesellschaft bestand.

187 Zwar war es denkbar, dass ein gemeinsames Angebot, speziell – wie im vorliegenden Fall – im Kontext der Abdeckung erheblicher Risiken für mehrere Versicherungsgesellschaften, die ihre Kräfte um einen Makler herum bündeln, interessanter sein könnte als für eine einzelne von einem Makler vertretene Versicherungsgesellschaft. Auch wenn dieser Umstand den häufigen Gebrauch des Plurals („die Versicherungsgesellschaften“) in den Versicherungsunterlagen rechtfertigen mag, so kann er doch nicht den Ausschluss eines Angebots rechtfertigen, das von einem aus einem Makler und einer einzelnen Versicherungsgesellschaft bestehenden Konsortium eingereicht wird.

188 Ferner steht die Abgabe eines Angebots durch ein solches Konsortium nicht im Widerspruch zum Aufbau des durch die Ausschreibung eingeführten Systems. Es ist nämlich offensichtlich, dass im deutlichen Unterschied zu dem Angebot, das von einem als einzelner Bieter auftretenden Makler eingereicht wird, sich bei einem gemeinsamen Angebot – sei es, dass es von einer oder von mehreren von einem Makler vertretenen Versicherungsgesellschaften abgegeben wird – die Information, die im Rahmen der Ausschreibung zu erteilen ist, auf jedes Mitglied des Konsortiums bezieht.

189 Vor allem aber ist davon auszugehen, dass eine Auslegung des Lastenhefts, die die Einreichung eines gemeinsamen Angebots durch ein Konsortium ausschließt, das aus einer von einem Makler vertretenen Versicherungsgesellschaft besteht, während die Einreichung eines Angebots durch eine als einzelne Bieterin auftretende Versicherungsgesellschaft oder die Einreichung eines gemeinsamen Angebots durch ein Konsortium, das aus zwei von einem Makler vertretenen Versicherungsgesellschaften besteht, zulässig ist, mangels sachlicher Rechtfertigung gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen würde.

190 Die Kommission führt in der Gegenerwiderung aus, sie habe bei der Abfassung des Lastenhefts erwartet, Angebote einer einzigen Versicherungsgesellschaft oder Angebote von mehreren als Konsortium auftretenden Versicherungsgesellschaften zu erhalten, die durch eine führende Versicherungsgesellschaft oder einen Makler vertreten sein würden oder auch nicht. Sie rechtfertigte jedoch nicht, und schon gar nicht in überzeugender Weise, warum die Einreichung eines gemeinsamen Angebots durch eine Versicherungsgesellschaft und einen Makler die Erwartungen der Ausschreibung überstiegen hätte.

191 Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass im Kontext der gemeinsamen Angebote Art. 5.1 Abs. 3 der technischen Spezifikationen betreffend die Unterzeichnung des Versicherungsvertrags bestimmt, dass, „[wenn] das Angebot von mehreren zu einem Konsortium zusammengeschlossenen und gesamtschuldnerisch haftenden Versicherungsgesellschaften abgegeben [wird] und … die Versicherungsgesellschaften oder das Konsortium von einem Makler vertreten [werden], … im Fall des Zuschlags der Vertrag gemeinsam von jeder Versicherungsgesellschaft und dem Makler unterzeichnet [wird]“. In der Vorschrift heiß es weiter, dass „[i]n diesem Fall … die Versicherungsgesellschaft(en) ebenfalls [garantieren], dass der öffentliche Auftraggeber ohne Unterbrechung während der gesamten Vertragsdauer voll versichert ist (100%ige Deckung)“ und dass „[d]er Makler … seine Vergütung unmittelbar von der oder den Versicherungsgesellschaft(en) [erhält].“ Ferner definieren die technischen Spezifikationen den „Vertragspartner“ als „die Versicherungsgesellschaft oder das Versicherungsunternehmen, mit der oder dem der Vertrag geschlossen wird und die oder das zu diesem Zweck in den besonderen Bedingungen bezeichnet wird“.

192 Dieser Gebrauch des Singulars („die Versicherungsgesellschaft(en)“, „die Versicherungsgesellschaft oder das Versicherungsunternehmen“) bestätigt die an sich schon ausreichenden Erwägungen oben in den Rn. 185 bis 190, wonach die Ausschreibung die Einreichung eines gemeinsamen Angebots durch ein Konsortium, das aus einem Makler und einer einzigen Versicherungsgesellschaft besteht, nicht ausschloss.

193 Zweitens geht das Vorbringen oben in Rn. 182 davon aus, dass, wenn das Angebot von Marsh als ein gemeinsames Angebot anzusehen wäre, das Angebot der Klägerin nicht als gültiges Angebot angesehen werden könnte, da dieselbe Versicherungsgesellschaft (AIG) gleichzeitig an zwei Angeboten beteiligt gewesen wäre.

194 Abgesehen davon, dass nicht feststeht, dass die von der Kommission herangezogene Fallkonstellation unter den vorliegenden Umständen automatisch die behaupteten Folgen gehabt hätte (vgl. in diesem Sinne entsprechend Urteile vom 19. Mai 2009, Assitur, C-538/07, Slg, EU:C:2009:317, Rn. 30, vom 23. Dezember 2009, Serrantoni und Consorzio stabile edili, C-376/08, Slg, EU:C:2009:808, Rn. 38 bis 42, 46 und Tenor, sowie vom 13. Dezember 2012, Forposta und ABC Direct Contact, C-465/11, Slg, EU:C:2012:801, Rn. 14), ist festzustellen, dass die Fallkonstellation nicht den Tatsachen entspricht. Das Angebot von Marsh ist nämlich kein gemeinsames Angebot, sondern das Angebot eines als einzelner Bieter auftretenden Maklers, das aufgrund dieser Tatsache im Widerspruch zum Lastenheft steht und deshalb und aus den Gründen, die bei der Prüfung des ersten Teils des Nichtigkeitsgrundes dargelegt worden sind, von der Kommission für ungültig hätte erklärt werden müssen. Das Argument der Kommission ist somit zurückzuweisen.

195 Darüber hinaus macht die Kommission geltend, dass die geltend gemachten Schäden weder reale noch sichere noch der Klägerin eigene Schäden dargestellt hätten, hilfsweise, dass die Aussetzung des Vertrags von Marsh sowie der Abschluss des Ersatzvertrags mit der Klägerin berücksichtigt werden müsse.

196 Was erstens den Verlust der Chance angeht, den Auftrag zu erhalten, ist darauf hinzuweisen, dass das Angebot der Klägerin von der Kommission als anforderungsgerecht erklärt worden war, dass es neben dem Angebot von Marsh das einzige Angebot war und dass es zugunsten des Angebots von Marsh abgelehnt wurde, weil das Letztere den niedrigsten Preis enthielt.

197 Wenn daher das Angebot von Marsh als nicht anforderungsgerecht erklärt worden wäre, weil es im Widerspruch zu den Anforderungen der Ausschreibung von einem als einzelner Bieter auftretenden Makler stammte oder wenn dieses Angebot als nicht anforderungsgerecht erklärt worden wäre, weil es keine gesamtschuldnerische Haftung der vorgeschlagenen Versicherungsgesellschaften vorsah, so wäre die Klägerin in einer sehr günstigen Position gewesen, was die Vergabe des Auftrags betrifft.

198 Die Kommission bestreitet dies im Übrigen nicht ernsthaft. Sie macht lediglich erneut geltend, sie habe keinen Rechtsverstoß begangen, beruft sich auf die Argumente, die bereits oben in den Rn. 184 bis 194 zurückgewiesen worden sind, und weist darauf hin, dass sie in jedem Fall auf das streitige Vergabeverfahren hätte verzichten und ein neues Verfahren einleiten können, so dass für die Klägerin keinerlei Gewissheit bestanden hätte, den streitigen Auftrag zu erhalten.

199 Zu diesem letzten Punkt ist darauf hinzuweisen, dass zwar der öffentliche Auftraggeber bis zur Unterzeichnung des Vertrags auf die Auftragsvergabe verzichten oder das Vergabeverfahren annullieren kann, ohne dass die Bewerber oder Bieter Anspruch auf eine Entschädigung haben (Art. 114 der Haushaltsordnung). Diese Fälle eines Auftragsverzichts oder einer Verfahrensannullierung liegen jedoch gerade nicht vor, und die Chancen der Klägerin, den Auftrag zu erhalten, waren, abgesehen von den Rechtsverstößen der Kommission, sehr hoch.

200 Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Falles können die Chancen der Klägerin, ohne die Rechtsverstöße der Kommission den Auftrag zu erhalten, mit 90 % bewertet werden.

201 In ihrer Klage vertritt die Klägerin die Auffassung, ihr Gesamtschaden könne unter Berücksichtigung des Verlusts einer Chance, des Verlusts an Referenzen und des immateriellen Schadens nach billigem Ermessen mit 1 000 000 Euro bewertet werden.

202 Die Klägerin schlüsselt diesen Betrag nicht auf die drei geltend gemachten Schadensposten auf, sondern führt als Referenzwert den Wert des entgangenen Vertrags mit 3 742 300 Euro an und weist darauf hin, dass dieser Wert der in dem Angebot angesetzte Jahresbetrag ist (935 574 Euro/Jahr), multipliziert mit den vier Jahren seiner Laufzeit. Die Klägerin betont die Bedeutung ihres immateriellen Schadens angesichts der Bedeutung, die dem Vertrag im Hinblick auf seinen Wert („mehrere Millionen“) und seine Laufzeit (vier Jahre) zukommt.

203 Die Kommission macht ausgehend von der Prämisse, dass der verlangte Betrag unter Heranziehung des Jahreswerts des Auftrags berechnet worden sei, geltend, dass dieser Betrag, der ungefähr bei dem genannten Jahresbetrag liege, notwendigerweise die Vergütung für AIG einschließe und somit nur zu einem beschränkten Teil der Vergütung der Klägerin entspreche. Die Kommission wendet sich daher gegen diesen Betrag und macht geltend, dass die Klägerin im vorliegenden Klageverfahren nur für sich selbst handele und daher nur den Ersatz des eigenen Schadens verlangen könne.

204 Die Kommission bestreitet ferner den Schaden, der aus dem Verlust an Referenzen abgeleitet wird. Werde keine neue Referenz erteilt, so könne dies allein nichts an der Fähigkeit der Klägerin ändern, sich an zukünftigen ähnlichen Ausschreibungen zu beteiligen. Was den Verlust von Bescheinigungen über die ordnungsgemäße Ausführung betreffe, so hänge dieser *per definitionem* von einer ordnungsgemäßen Ausführung des Vertrags ab. Was den behaupteten immateriellen Schaden betreffe, so sei dieser weder real noch sicher.

205 Zunächst ist festzustellen, dass die Prämisse, auf die die Kommission ihren ersten Einwand stützt und die oben in Rn. 203 dargelegt worden ist, durch den Inhalt der dem Gericht vorliegenden Akten widerlegt ist. Aus den Schriftsätzen der Klägerin geht nämlich hervor, dass der verlangte Betrag nicht unter Heranziehung des Jahreswerts des Auftrags, sondern unter Heranziehung des Gesamtauftragswerts für vier Jahre berechnet wurde. Dies ergibt sich eindeutig aus dem Zusammenhang, den die Klägerin zwischen dem verlangten Betrag und dem letztgenannten Wert herstellt, sowie aus der Bezugnahme auf den Auftrag als einen Auftrag mit einer vierjährigen Laufzeit und einem Volumen von mehreren Millionen Euro (siehe oben, Rn. 202).

206 Da infolgedessen der geltend gemachte Betrag nur etwas mehr als einem Viertel des Auftragswerts für vier Jahre entspricht und die Klägerin sich zudem auf den Verlust einer praktisch sicheren Chance beruft, den Auftrag zu erhalten, kann dieser geltend gemachte Betrag folgerichtig nur den Schäden entsprechen, die sie angeblich selbst erlitten hat. Im umgekehrten Fall hätte die Klägerin, die der Ansicht ist, dass sie eine praktisch sichere Chance verloren habe, den Auftrag zu erhalten, logischerweise für sich selbst und für die Versicherungsgesellschaft einen wesentlich höheren Betrag für Schadensersatz und Zinsen im Verhältnis zum Auftragswert für vier Jahre verlangt.

207 Bezüglich der Frage, ob sich die Klägerin für die Berechnung ihres Schadens zu Recht auf vier Jahre bezogen hat, ist sodann darauf hinzuweisen, dass die Bekanntmachung des Auftrags beinhaltete, dass sich die Dauer des Auftrags auf 48 Monate erstreckte (Punkt II.3 der Bekanntmachung, Punkt 4 des Loses Nr. 1). Ebenso war festgelegt, dass die nachfolgende Auftragsbekanntmachung 36 Monate nach dem Zuschlag veröffentlicht würde (Punkt VI.1 der Bekanntmachung). Was den Entwurf des Dienstleistungsvertrags betrifft, der der Aufforderung zur Angebotsabgabe beigefügt war, bestimmte dieser, dass „[d]er Vertrag … für die Dauer von 12 Monaten geschlossen [wird]“ (Art. I.2.3 des Vertragsentwurfs) und dass „[e]r … stillschweigend bis zu dreimal um jeweils 12 Monate verlängert werden [kann] …, sofern nicht der öffentliche Auftraggeber dem Vertragspartner mitteilt, dass er den Vertrag nicht verlängern will und diese Mitteilung 6 Monate vor Erledigung der Aufgaben der vorausgehenden Vertragslaufzeit [erfolgt]“ (Art. I.2.4 des Vertragsentwurfs). Überdies ging der Vertragsentwurf auf die Anpassung der Preise und der Jahresprämie ein und verwies auf das „erste

Jahr der Vertragsausführung“, das „zweite Jahr der Vertragsausführung“ und auf „jedes Jahr der Vertragsausführung“ (Art. I.3.2 des Vertragsentwurfs). Die technischen Spezifikationen lauteten gleich (vgl. Punkt 9.2 der technischen Spezifikationen).

208 Aus diesen Bestimmungen zusammengenommen geht hervor, dass die Klägerin in ihrer Klage zur Begründung des Schadensersatzantrags zu Recht auf die Gesamtdauer des Auftrags Bezug nahm, da es sich um einen Auftrag mit einer Laufzeit von vier Jahren handelt, der allenfalls eine nur dem öffentlichen Auftraggeber offen stehende und an bestimmte enge Verfahrensvoraussetzungen geknüpfte Möglichkeit vorsieht, den Auftrag nicht jährlich zu verlängern. Gleichwohl ist bei der Festsetzung des Schadensersatzes das Risiko zu berücksichtigen, das sich aus dieser Möglichkeit der nicht erfolgenden jährlichen Verlängerung ergibt.

209 Ferner ist darauf hinzuweisen, dass aus den Schriftsätzen der Klägerin nicht hervorgeht, dass sie zur Reduzierung ihres Schadensersatzantrags die Kosten der Vertragsausführung berücksichtigt hat, die ihr entstanden wären, wenn sie den Zuschlag erhalten hätte. Anhand des Akteninhalts ist es nicht möglich, diese Kosten zu bestimmen. Auch rechtfertigen zwar die Ausführungen in der Klageschrift die Schlussfolgerung, dass die Klägerin nur den Ersatz des eigenen Schadens geltend macht, doch enthalten die Akten keinen Anhaltspunkt, um den Anteil der Klägerin an dem Gesamtwert des Auftrags feststellen zu können.

210 Außerdem ist auch festzustellen, dass die Klägerin zwar 2014 die Chance verlor, einen vierjährigen Auftrag zu erhalten, jedoch am 17. Februar 2015, also ungefähr elf Monate und zwei Wochen nach dem Inkrafttreten des streitigen Vertrags, den Versicherungsauftrag erhielt, der Gegenstand des von der Kommission nach dem Beschluss Vanbreda Risk & Benefits/Kommission (oben in Rn. 33 angeführt, EU:T:2014:1024) eingeleiteten Verhandlungsverfahrens war. Es ist auch mit der Klägerin darauf hinzuweisen, dass der genannte Vertrag für eine Dauer von höchstens 18 Monaten geschlossen wurde, d. h. bis zum 17. August 2016, während der hier streitige Vertrag normalerweise im März 2018 abgelaufen wäre.

211 Diese Umstände können ebenfalls die Höhe des der Klägerin entstandenen Schadens beeinflussen, wobei die Klägerin überdies selbst in ihren Schriftsätzen ausführt, dass ihr Antrag auf Entschädigung durch Wertersatz nur relevant sei, wenn keine Naturalerfüllung ihres Anspruchs stattfinde, und dass, wenn diese Naturalerfüllung verspätet erfolge, der Schaden unter Berücksichtigung dieser Verspätung berechnet werden müsse.

212 Nach alledem ist bezüglich des Verlusts der Chance, den Auftrag zu erhalten, das Vorliegen eines ersatzfähigen Schadens im Grundsatz hinreichend nachgewiesen, doch ist die Höhe dieses Schadens gegenwärtig nicht so bestimmbar, dass das Gericht über die Grundlage des von der Klägerin geforderten Betrags entscheiden oder einen anderen Betrag festsetzen könnte.

213 Was zweitens den Verlust an Referenzen angeht, der nach Auffassung der Klägerin den Verlust von Bescheinigungen über die ordnungsgemäße Ausführung umfasst, so muss zunächst einmal der letztgenannte Schadensposten außer Betracht bleiben, soweit er diese Bescheinigungen betrifft. Die Erteilung dieser Dokumente hängt nämlich nicht von der Vergabe des Auftrags ab, sondern von dem zukünftigen und hypothetischen Umstand einer ordnungsgemäßen Ausführung des Auftrags.

214 Was dagegen die Referenzen der Vergabe des Auftrags als solche betrifft, die *de facto* aus der Auftragsvergabe an die Klägerin gefolgt wären, so hat die Klägerin zweifellos in dem Maß, wie sie die Chance verloren hat, den Auftrag zu erhalten, die Möglichkeit verloren, diese Referenzen zu erlangen. Aber auch hier verfügt das Gericht nicht über hinreichende Anhaltspunkte, um den von der Klägerin geforderten Betrag danach aufzuschlüsseln, was unter den Verlust der Chance, den Auftrag zu erhalten, und was unter den Verlust der Chance fällt, Referenzen zu erlangen.

215 Was drittens den immateriellen Schaden angeht, der sich angeblich daraus ergibt, dass die Kommission unter Verstoß gegen die berechtigten Erwartungen der Klägerin, die das einzige vorschriftsmäßige Angebot eingereicht habe, den Auftrag an einen Dritten vergeben habe, macht die Kommission geltend, dass die Klägerin sich lediglich auf die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens berufe und dass sie zu keiner Zeit die berechtigte Erwartung oder das berechtigte Vertrauen gehabt habe, dass der Auftrag an sie vergeben würde. In der Erwiderung nimmt die Klägerin zu diesen letztgenannten Ausführungen keine Stellung, sondern setzt ihren immateriellen Schaden mit dem Verlust an Referenzen und Ansehen gleich.

216 Es ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission bei der Klägerin zu keiner Zeit ein berechtigtes Vertrauen oder eine berechtigte Erwartung in Bezug auf die Vergabe des Auftrags geweckt hat. Bezüglich eines immateriellen Schadens, der durch die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung entsteht, ist nach ständiger Rechtsprechung der Schaden im Grundsatz hinreichend dadurch behoben, dass das Gericht die genannte Rechtswidrigkeit feststellt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. Juni 2006, Girardot/Kommission, T-10/02, SlgÖD, EU:T:2006:148, Rn. 131). Bezüglich des angeblichen Schadens, der durch einen Verlust an Referenzen und Ansehen entsteht, deckt sich dieser zum Teil mit dem bereits oben geprüften Verlust an Referenzen und ist, was den Verlust an Ansehen betrifft, weder real noch sicher.

217 In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen, aus denen sich ergibt, dass das Gericht zwar eine Reihe von Punkten bezüglich des Schadensersatzantrags bewerten kann, jedoch nicht über ausreichende Anhaltspunkte verfügt, um den geltend gemachten Betrag bestätigen oder selbst die Höhe des erlittenen Schadens beziffern zu können, ist dem Schadensersatzantrag insoweit stattzugeben, als er den Ersatz des Verlusts der Möglichkeit betrifft, den streitigen Auftrag und die entsprechenden Referenzen der Vergabe des Auftrags zu erlangen; im Übrigen ist der Schadensersatzantrag zurückzuweisen. Bezüglich des Schadens, der aufgrund des Verlusts einer Chance zu ersetzen ist, sind die Parteien aufzufordern, sich vorbehaltlich einer späteren Entscheidung des Gerichts unter Berücksichtigung der Gründe des vorliegenden Urteils über diesen Betrag zu einigen und dem Gericht innerhalb einer Frist von sechs Monaten ab Verkündung des vorliegenden Urteils den vereinbarungsgemäß zu zahlenden Betrag mitzuteilen oder, wenn keine Vereinbarung erzielt wurde, dem Gericht innerhalb dieser Frist ihre bezifferten Anträge vorzulegen, verbunden mit den erforderlichen Begründungen, die es dem Gericht ermöglichen, deren Stichhaltigkeit zu beurteilen.

Kosten

218 Die Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Sechste Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Entscheidung vom 30. Januar 2014, mit der die Europäische Kommission das von Vanbreda Risk & Benefits für das Los Nr. 1 im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens OIB.DR.2/PO/2013/062/591 für die Personen- und Sachversicherung (ABl. 2013/S 155-269617) eingereichte Angebot abgelehnt und dieses Los an eine andere Gesellschaft vergeben hat, wird für nichtig erklärt.**

2. **Die Europäische Union hat den Schaden zu ersetzen, der Vanbreda Risk & Benefits durch den Verlust der Möglichkeit, den genannten Auftrag zu erhalten und die entsprechenden Referenzen der Vergabe des Auftrags zu erlangen, entstanden ist.**

3. Im Übrigen wird der Schadensersatzantrag zurückgewiesen.

4. Die Parteien teilen dem Gericht innerhalb einer Frist von sechs Monaten ab Verkündung des vorliegenden Urteils mit, auf welchen Betrag sie sich als Ersatz für diesen Schaden geeinigt haben.

5. Wird keine Vereinbarung erzielt, so haben die Parteien dem Gericht innerhalb dieser Frist ihre bezifferten Anträge vorzulegen.

6. Die Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.

Frimodt Nielsen Dehousse Collins

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 29. Oktober 2015.

Unterschriften

Inhaltsverzeichnis

Vorgeschichte des Rechtsstreits 2

Verfahren und neue Entwicklungen während des Verfahrens 4

Rechtliche Würdigung 6

Zum Antrag auf Nichtigerklärung 6

Zum ersten Teil des Klagegrundes: Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, gegen Art. 111 Abs. 5 und Art. 113 Abs. 1 der Haushaltsordnung, gegen Art. 146 Abs. 1 und 2, Art. 149 Abs. 1 sowie gegen Art. 158 Abs. 1 und 3 der Durchführungsverordnung und gegen das Lastenheft 7

– Zur Zulässigkeit bestimmter, in der Erwiderung vorgebrachter Argumente 9

– Zur Rechtswidrigkeit der Teilnahme von Marsh an der Ausschreibung als Maklerin und einzelne Bieterin 10

– Zum Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot anlässlich des Schriftverkehrs zwischen der Kommission und Marsh nach der Öffnung der Angebote 16

Zum zweiten Teil des Klagegrundes: Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz wegen der Änderung des Angebots von Marsh nach der Öffnung der Angebote 23

Ergebnis zum Antrag auf Nichtigerklärung 26

Zu dem Antrag auf Schadensersatz 26

Kosten 33