Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DU TRIBUNAL (sixième chambre)

29 octobre 2015 *

« Marchés publics de services — Procédure d'appel d'offres — Fourniture de services d'assurances de biens et de personnes — Rejet de l'offre d'un soumissionnaire — Attribution du marché à un autre soumissionnaire — Égalité de traitement — Violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit conférant des droits aux particuliers — Responsabilité non contractuelle — Perte d'une chance — Arrêt interlocutoire »

Dans l'affaire T-199/14,

Vanbreda Risk & Benefits, établie à Anvers (Belgique), représentée initialement par M[es] P. Teerlinck et P. de Bandt, puis par M[es] Teerlinck, de Bandt et M. Gherghinaru, avocats,

partie requérante,

contre

Commission européenne, représentée par M[me] S. Delaude et M. L. Cappelletti, en qualité d'agents,

partie défenderesse,

ayant pour objet, d'une part, une demande d'annulation de la décision du 30 janvier 2014 par laquelle la Commission a rejeté l'offre présentée par la requérante pour le lot n° 1 dans le cadre de l'appel d'offres OIB.DR.2/PO/2013/062/591, relatif à l'assurance de biens et de personnes (JO 2013/S 155-269617), et a attribué ce lot à une autre société et, d'autre part, une demande de dommages et intérêts,

LE TRIBUNAL (sixième chambre),

composé de MM. S. Frimodt Nielsen, président, F. Dehousse (rapporteur) et A. M. Collins, juges,

greffier : M[me] S. Bukšek-Tomac, administrateur,

à la suite de l'audience du 3 juin 2015,

rend le présent

* Langue de procédure : le français.

Arrêt

Antécédents du litige

1 Le 10 août 2013, la Commission européenne a publié, au Supplément au *Journal officiel de l'Union européenne* (JO 2013, S 155-269617), un appel d'offres portant la référence OIB.DR.2/PO/2013/062/591, concernant un marché public d'assurances de biens et de personnes divisé en quatre lots.

2 Le lot n° 1, seul en cause dans le présent recours, avait trait à la couverture d'assurance – à partir du 1er mars 2014 – d'immeubles et de leur contenu, au nom de la Commission et de divers autres institutions et organes de l'Union européenne.

3 Les documents d'appel à la concurrence comportaient, s'agissant du lot n° 1, outre l'avis de marché, un cahier des charges composé de l'invitation à soumissionner à laquelle étaient annexés les spécifications techniques (annexe I), la liste des bâtiments (annexe I.1), les statistiques de sinistralité (annexe I.2), le bordereau de soumission financière (annexe II), le projet de contrat de services (annexe III) et le « Questionnaire 'Identification – Exclusion – Sélection' » (annexe IV) (ci-après le « questionnaire IES »).

4 L'appel d'offres précisait qu'il s'agissait d'une procédure ouverte avec attribution du marché par adjudication à l'offre présentant le prix le plus bas parmi les offres recevables et conformes (article 3.4.3 de l'invitation à soumissionner ; point 12 des spécifications techniques).

5 La question de la responsabilité solidaire, en cas d'implication de plusieurs assureurs dans l'exécution du marché, était abordée dans les termes suivants.

6 L'avis de marché prévoyait, dans le cas d'une attribution du marché à un groupement d'opérateurs économiques, que tous les membres de ce groupement devaient avoir une « responsabilité […] solidaire dans l'exécution du marché » (point III.1.3 de l'avis de marché).

7 L'article 5.1 des spécifications techniques disposait :

« Dans les cas de soumission par plusieurs assureurs solidaires agissant en consortium ou par plusieurs assureurs agissant en consortium et représentés par un apériteur solidaire, en cas d'attribution, le contrat sera signé par chaque assureur. Dans cette hypothèse, le soumissionnaire garantit que le pouvoir adjudicateur sera pleinement assuré (couverture à 100 %) sans interruption pour toute la durée du contrat […]

Dans les cas de soumission par plusieurs assureurs solidaires, agissant en consortium, représenté(s) par un courtier, en cas d'attribution, le contrat sera signé conjointement par chaque assureur et le courtier. Dans cette hypothèse, le ou les assureurs s'engagent également à garantir que le pouvoir adjudicateur sera pleinement assuré (couverture à 100 %) sans interruption pour toute la durée du contrat […] »

8 Dans le projet de contrat de service, la partie consacrée à l'identification des signataires du contrat était suivie de la mention : « Les parties susnommées et ci-après désignées collectivement 'le contractant' sont […] solidairement responsables de l'exécution du présent contrat à l'égard du pouvoir adjudicateur. »

9 L'invitation à soumissionner disposait que toute offre devait être accompagnée du questionnaire IES dûment complété par le soumissionnaire (point 2.1.2, huitième tiret, de l'invitation à soumissionner). Ce questionnaire IES distinguait, dans sa section 1 (Formulaire d'identification du soumissionnaire) selon que le soumissionnaire agissait « en tant que membre [d'un] groupement » ou en tant que « soumissionnaire unique ».

10 Le questionnaire IES comportait, dans sa section 3, un « questionnaire concernant les offres conjointes », qui « [n'était] à remplir que si l'offre [était] une offre conjointe ».

11 La question 5 et la sous-question 5.1. de ce dernier questionnaire disposaient que, « dans le cas d'une offre conjointe, [devait être fourni] un accord/procuration établi conformément [à un] modèle fourni ci-après, signé par les représentants légaux de tous les partenaires de l'offre conjointe [et] qui, notamment[, r]econnaissait la responsabilité solidaire de tous les partenaires de l'offre conjointe pour l'exécution du marché ».

12 Cet accord/procuration disposait que, « en tant que cosignataires du Contrat, tous les membres du groupement seront solidairement responsables envers le Pouvoir adjudicateur de l'exécution du Contrat ». Il ajoutait que tous ces membres « respecteront les conditions du Contrat et veilleront à la bonne exécution de leur part respective des services tels qu'ils sont prévus dans le cahier des charges et l'offre du contractant ».

13 Le 31 octobre 2013, lors de l'ouverture des offres, la commission d'ouverture a acté la réception de deux offres pour le lot nº 1. L'une émanait de la requérante, Vanbreda Risk & Benefits, et l'autre émanait de la société Marsh.

14 Par lettre du 8 novembre 2013, la requérante a attiré l'attention de la Commission sur l'importance, pour l'appréciation de la conformité d'une offre, « des documents signés dont il ressort que, en cas de soumission avec plusieurs assureurs, ces mêmes assureurs s'engagent à supporter une responsabilité solidaire sans aucune restreinte ». En effet, selon l'expérience de la requérante, AIG Europe Limited (ci-après « AIG »), qui participait au consortium de Marsh, refusait par principe de s'engager solidairement et il était donc quasiment certain que l'offre de ce dernier ne pouvait pas respecter les exigences de fond et de forme du cahier des charges.

15 Par lettre du 4 décembre 2013, la Commission a répondu, sur ce point, ne pas pouvoir fournir d'informations, l'évaluation des offres étant encore en cours.

16 Dans son procès-verbal d'évaluation des offres du 13 janvier 2014 le comité d'évaluation des offres a décidé que les offres de la requérante et de Marsh se qualifiaient pour la valorisation financière et il a constaté que l'offre de Marsh se classait première, avec un prix annuel de 771 076,03 euros, et l'offre de la requérante deuxième, avec un prix annuel de 935 573,58 euros. Le comité d'évaluation a ainsi décidé de proposer l'attribution du lot nº 1 à Marsh.

17 Par décision du 28 janvier 2014, la Commission a décidé d'attribuer le marché à Marsh.

18 Par lettre du 30 janvier 2014 (ci-après la « décision attaquée »), la Commission a informé la requérante que son offre pour le lot nº 1 n'était pas retenue, parce qu'elle ne proposait pas le prix le plus bas.

19 Par courriel du 31 janvier 2014 et lettre du 3 février 2014, la requérante a demandé à la Commission l'accès au rapport d'adjudication complet et la communication des copies des documents signés dont il ressortait que, en cas de soumission avec plusieurs assureurs, ceux-ci s'étaient engagés à supporter une responsabilité solidaire sans aucune restreinte, conformément au cahier des charges. La requérante mentionnait que cette exigence était reprise en page 8 de l'annexe IV à l'invitation à soumissionner.

20 Par lettre du 7 février 2014, la requérante a réitéré ses demandes, en indiquant craindre que l'offre de Marsh ne soit pas conforme au cahier des charges, au motif qu'au moins un partenaire de cette offre n'aurait pas signé le modèle d'accord/procuration requis. La requérante indiquait qu'il s'agissait pourtant d'un élément essentiel du contrat et qu'elle-même aurait déposé une offre faisant appel à une construction d'assurance totalement conforme au cahier des charges, y inclus ce point essentiel de la solidarité. Ne pourraient être considérées comme conformes que les offres dans lesquelles ne figureraient qu'un assureur (couvrant le risque à 100 %) et celles dans lesquelles figureraient plusieurs assureurs s'étant tous déclarés mutuellement solidaires lors de la remise de l'offre. La requérante a invité la Commission à revoir sa décision d'attribution du marché à Marsh en fonction de cet élément et à suspendre la signature du contrat.

21 Par lettre du 7 février 2014, la Commission a répondu au courriel du 31 janvier 2014 en indiquant ne pouvoir, en vertu de la réglementation, fournir à la requérante d'autres informations que « les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du marché ». Dans ce cadre, la Commission a indiqué que l'attribution du lot nº 1 avait été faite à l'offre conforme présentant le prix le plus bas, à savoir à l'offre soumise par Marsh.

22 Par lettre du 11 février 2014, la requérante a critiqué cette réponse qui ne répondrait pas aux questions posées et a réitéré sa demande d'accès aux informations déjà demandées dans ses courriers précédents.

23 Par lettre et courriel du 21 février 2014, la requérante a exprimé sa certitude que, depuis la date de remise des offres, la Commission ne disposait pas de l'accord/procuration pour chaque assureur participant à l'offre de Marsh, avec pour conséquence que cette offre n'était pas conforme et devait être rejetée. La requérante a invité la Commission à revoir sa décision d'attribution et à suspendre la signature du contrat avec Marsh.

24 Par courrier du même jour, la Commission a répondu que les points à l'origine de la préoccupation de la requérante ont été dûment analysés tout au long de la phase d'évaluation des offres, que ces offres ont été constatées conformes et que, par conséquent, le marché a été attribué à l'offre présentant le prix le plus bas. La Commission n'a transmis aucun des documents demandés à la requérante.

25 Après deux nouveaux courriels des 25 et 28 février 2014, la requérante a introduit, le 14 mars 2014, auprès de la Commission, une demande d'accès aux documents fondée sur le règlement nº 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (JO L 145, p. 331).

Procédure et nouveaux développements en cours d'instance

26 Par actes déposés au greffe du Tribunal le 28 mars 2014, la requérante a introduit le présent recours en annulation de la décision attaquée et en indemnité ainsi qu'une demande en référé visant au sursis à l'exécution de la décision attaquée et à la production de documents par la Commission.

27 Par ordonnance du 3 avril 2014 adoptée dans le cadre du recours en référé, le président du Tribunal a ordonné le sursis à exécution de la décision attaquée et du contrat passé avec Marsh et les assureurs, et a ordonné la production de documents dans la procédure de référé.

28 Par ordonnance du 10 avril 2014 adoptée à la suite d'observations de la Commission dans le cadre du recours en référé, le président du Tribunal a rapporté, avec effet rétroactif au 3 avril 2014, le point du dispositif de l'ordonnance du 3 avril 2014 relatif au sursis à l'exécution de la décision attaquée et du contrat passé avec Marsh et les assureurs.

29 Par ordonnance du 30 juillet 2014, Vanbreda/Commission (T-199/14), rendue dans le présent recours, le Tribunal a ordonné à la Commission de produire certains documents comportant, selon cette dernière, des éléments confidentiels, et a indiqué que, en application de l'article 67, paragraphe 3, du règlement de procédure du Tribunal du 2 mai 1991, ces documents ne seraient pas communiqués à ce stade à la requérante.

30 La Commission ayant, par lettre du 8 août 2014, produit les documents demandés, le Tribunal, par une mesure d'organisation de la procédure adressée le 11 septembre 2014 à la Commission, lui a demandé de déposer des versions de certains desdits documents identifiant précisément, en les noircissant, les parties confidentielles selon elle.

31 La Commission a déféré à cette demande par lettre du 29 septembre 2014.

32 La requérante ayant indiqué ne pas avoir d'objection à la demande de confidentialité de la Commission, le Tribunal a retiré du dossier les documents confidentiels produits en annexe à la lettre du 8 août 2014.

33 Par ordonnance de référé du 4 décembre 2014, Vanbreda Risk & Benefits/Commission [T-199/14 R, Rec (Extraits), EU:T:2014:1024], le président du Tribunal a ordonné la suspension de la décision attaquée en ce qui concerne l'attribution du lot nº 1 (point 1 du dispositif), a indiqué que les effets de cette décision étaient maintenus jusqu'à l'expiration du délai de pourvoi contre la même ordonnance (point 2 du dispositif) – soit jusqu'au 16 février 2015 à minuit – et a réservé les dépens.

34 La requérante conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :

— annuler la décision attaquée par laquelle la Commission a décidé de ne pas retenir l'offre de la requérante pour le lot nº 1 et d'attribuer ce lot à Marsh ;

— constater la responsabilité extracontractuelle de l'Union et la condamner à payer à la requérante la somme de 1 000 000 euros à titre d'indemnité pour la perte de chance de remporter le marché, pour la perte de référence et pour le préjudice moral subi ;

— en tout état de cause, condamner la Commission aux dépens, en ce compris des frais d'avocat provisoirement fixés à 50 000 euros.

35 La Commission conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :

— rejeter la demande en annulation ;

— rejeter la demande en indemnité ;

— condamner la requérante aux dépens de la présente procédure et de la procédure en référé.

36 À la suite de l'ordonnance Vanbreda Risk & Benefits/Commission, point 33 supra (EU:T:2014:1024), la Commission a, d'une part, ouvert une procédure négociée de marché, sur la base de l'article 134, paragraphe 1, sous c), du règlement délégué (UE) nº 1268/2012 de la Commission, du 29 octobre 2012, relatif aux règles d'application du règlement (UE, Euratom) nº 966/2012 du Parlement européen et du Conseil relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union (JO L 362, p. 1, ci-après le « règlement d'exécution »), en vue de conclure un contrat d'assurance pouvant entrer en vigueur dès le 17 février 2015 à zéro heure. Elle a, d'autre part, introduit un pourvoi (C-35/15 P) contre cette ordonnance.

37 Par lettre du 13 février 2015, la Commission a informé Marsh de la suspension du contrat en cours à partir du 16 février 2015 à minuit.

38 La Commission a reçu une seule offre dans le cadre de la procédure négociée, émanant de la requérante en groupement avec l'assureur AIG. Elle a retenu cette offre et a signé le contrat d'assurance résultant de cette procédure, lequel est entré en vigueur le 17 février 2015 à zéro heure.

39 Par ordonnance du 23 avril 2015, Commission/Vanbreda Risk & Benefits [C-35/15 P(R), Rec, EU:C:2015:275], le vice-président de la Cour a annulé les points 1 et 2 du dispositif de l'ordonnance Vanbreda Risk & Benefits/Commission, point 33 supra (EU:T:2014:1024), au motif que le président du Tribunal avait commis une erreur de droit en jugeant que s'appliquait sans limitation temporelle l'assouplissement, justifié en matière de marchés publics, de la condition jurisprudentielle d'octroi de mesures provisoires relative à l'urgence (ordonnance Commission/Vanbreda Risk & Benefits, précitée, EU:C:2015:275, point 57). Statuant sur la demande de mesures provisoires présentée par la requérante, le vice-président de la Cour l'a rejetée pour les mêmes motifs (ordonnance Commission/Vanbreda Risk & Benefits, précitée, EU:C:2015:275, point 61).

En droit

Sur la demande en annulation

40 La requérante fait valoir un moyen d'annulation unique divisé en trois branches, tirées, premièrement, de la violation du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, des articles 111 et 113 du règlement (UE, Euratom) nº 966/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2012, relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union et abrogeant le règlement (CE, Euratom) nº 1605/2002 du Conseil (JO L 298, p. 1, ci-après le « règlement financier »), des articles 146, 149 et 158 du règlement d'exécution ainsi que du cahier des charges, deuxièmement, de la violation du principe d'égalité de traitement et, troisièmement, de la violation du principe de transparence.

Sur la première branche du moyen, tirée de la violation du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, de l'article 111, paragraphe 5, et de l'article 113, paragraphe 1, du règlement financier, de l'article 146, paragraphes 1 et 2, de l'article 149, paragraphe 1, et de l'article 158, paragraphes 1 et 3, du règlement d'exécution ainsi que du cahier des charges

41 La requérante fait valoir que l'offre de Marsh n'est pas conforme aux exigences du cahier des charges. En effet, les assureurs participant à cette offre ne se seraient pas solidairement engagés à l'exécution du marché et n'auraient, dès lors, pas signé l'accord/procuration requis au cahier des charges.

42 Pourtant, la solidarité serait une condition essentielle du marché public en l'espèce et cette condition aurait une influence sur le prix de l'offre. En effet, si plusieurs assureurs pourraient choisir de se regrouper pour couvrir, chacun pour son engagement respectif, un risque de l'ampleur de celui du marché en cause, cette solution ne garantirait pas qu'un sinistre total serait payé dans son intégralité. C'est pour cela que la Commission aurait imposé, en l'espèce, la solidarité dans le cahier des charges, ce qui constituerait une solution envisageable, mais entraînerait un coût supplémentaire important.

43 En permettant à Marsh de proposer une offre conjointe avec un consortium d'assureurs non solidairement tenus à l'exécution du marché, la Commission aurait permis à cet opérateur d'offrir un prix beaucoup plus bas.

44 Ce faisant, la Commission aurait violé le principe d'égalité de traitement, l'article 111, paragraphe 5, et l'article 113, paragraphe 1, du règlement financier, l'article 146, paragraphes 1 et 2, et l'article 158, paragraphes 1 et 3, du règlement d'exécution ainsi que le cahier des charges. En attribuant finalement le marché à Marsh, la Commission aurait également violé l'article 149, paragraphe 1, du règlement d'exécution.

45 Dans la réplique, la requérante indique avoir pris connaissance, à la lecture du mémoire en défense et des documents non confidentiels produits par la Commission, d'éléments nouveaux. Il en ressortirait que Marsh aurait en réalité déposé son offre en tant que courtier soumissionnaire unique et que la Commission et Marsh auraient abondamment correspondu, après l'ouverture des offres, au sujet de la condition de solidarité. La Commission n'aurait jamais fait état de ces faits à la requérante, en dépit des interrogations répétées de cette dernière. La requérante pourrait donc se fonder sur ces nouveaux éléments.

46 Dans ce contexte, la requérante fait valoir que la participation de Marsh en tant que soumissionnaire unique est manifestement illégale et contraire au cahier des charges. Ensuite, la Commission, contrairement à ce qu'elle prétendrait, aurait traité l'offre de Marsh comme une offre conjointe. Enfin, dans la mesure où l'offre de Marsh ne pouvait être qu'une offre conjointe, elle aurait dû comporter l'accord/procuration requis à l'annexe IV de l'invitation à soumissionner.

47 La Commission conteste la position de la requérante, qui serait fondée sur trois postulats inappropriés : premièrement, le postulat que l'offre de Marsh aurait été déposée au nom d'un groupement ou d'un consortium ; deuxièmement, le postulat que cette offre n'aurait pas contenu le modèle d'accord/procuration en violation du cahier des charges ; troisièmement, le postulat que les assureurs proposés par Marsh ne se seraient pas engagés solidairement à l'exécution du marché, lequel postulat résulterait d'une interprétation erronée du cahier des charges et d'une méconnaissance de l'offre réelle de Marsh ainsi que du déroulement de la procédure de marché.

48 S'agissant du premier postulat, la Commission relève que Marsh a présenté son offre en tant que courtier soumissionnaire unique et non comme membre ou chef de file d'un groupement et que, de manière cohérente, c'est à Marsh que le marché a été attribué en tant que soumissionnaire unique. Aucune disposition du cahier des charges n'aurait empêché un courtier de présenter, en tant que soumissionnaire unique, une offre pour le lot nº 1 du marché.

49 S'agissant du deuxième postulat, la Commission relève que les dispositions du cahier des charges concernant les offres conjointes, y compris le modèle d'accord/procuration prévu par le questionnaire IES, ne seraient pas applicables en cas d'offre présentée par un soumissionnaire unique. Marsh n'aurait donc pas été dans l'obligation d'inclure dans son offre l'accord/procuration signé tel que prévu pour les offres conjointes. Ce qu'aurait joint Marsh à son offre, ce seraient les mandats reçus de plusieurs assureurs pour l'exécution du marché.

50 S'agissant du troisième postulat, la Commission soutient avoir dûment vérifié, comme cela ressortirait de la correspondance échangée avec Marsh entre l'ouverture des offres et l'attribution du marché, que l'offre de Marsh respectait pleinement toutes les obligations découlant du cahier des charges, parmi lesquelles celle du point 5.1 des spécifications techniques de garantir que le pouvoir adjudicateur est pleinement assuré (couverture à 100 %) sans interruption pour toute la durée du contrat et celle découlant du projet de contrat relative à un engagement solidaire des signataires. En effet, l'objet du lot nº 1 du marché étant un contrat direct d'assurance pour les immeubles du pouvoir adjudicateur, les spécifications techniques auraient prévu spécifiquement que, indépendamment des modalités de soumission des offres, chaque assureur impliqué dans l'exécution du contrat devait nécessairement le signer solidairement avec les autres éventuels assureurs ou courtier, afin de garantir une couverture continue à 100 % du pouvoir adjudicateur.

51 Les arguments de la requérante relatifs aux différences de prix, selon que la solidarité est ou non proposée, seraient donc dénués de pertinence. En effet, le contrat signé contiendrait bel et bien la clause de solidarité des signataires, la clause aurait été prévue dès le départ, l'offre de Marsh aurait par conséquent dû forcément prendre en compte les coûts et les risques inhérents à cette clause et le prix de l'offre n'aurait à aucun moment été modifié ou remis en discussion par Marsh.

52 La Commission fait valoir que Marsh a déposé son offre en tant que soumissionnaire unique et qu'il ne s'agissait donc pas d'une offre conjointe. L'offre de Marsh aurait donc été traitée comme provenant d'un soumissionnaire unique. Lors de l'ouverture des offres, la Commission n'aurait pas communiqué le nom des assureurs figurant dans l'offre de Marsh. Les offres auraient été analysées sur la base des critères d'exclusion et de sélection prévus dans l'avis de marché et conformément à la procédure prévue. Puisque l'offre de Marsh provenait d'un soumissionnaire unique, la Commission aurait dûment vérifié que Marsh satisfaisait à elle seule les critères de sélection.

53 Dans la duplique, la Commission, s'agissant de l'argument soulevé dans la réplique selon lequel la participation de Marsh en tant que soumissionnaire unique aurait été manifestement illégale, fait valoir qu'il se base sur une interprétation restrictive et erronée du cahier des charges et sur une interprétation erronée du droit belge.

54 Alors qu'une lecture restrictive du cahier des charges aurait dû aboutir au rejet des deux offres, la Commission aurait préféré une lecture non restrictive, ne s'arrêtant pas à la forme juridique dans laquelle les rapports courtier/assureur(s) auraient été structurés, pourvu que les offres garantissent le respect du marché. La Commission aurait donc considéré que tant les assureurs que les courtiers pouvaient participer à l'appel d'offres et que rien n'interdisait à un courtier de concourir en tant que soumissionnaire unique. En toute hypothèse, l'objet du contrat aurait été la conclusion d'un contrat direct d'assurance qu'aurait dû signer chaque assureur, ce qui aurait d'ailleurs été fait dans le contrat finalement signé.

55 S'agissant de l'interprétation du droit belge, la requérante appliquerait à tort des dispositions de ce droit au cas d'espèce. Marsh n'aurait jamais prétendu signer seule le contrat d'assurance et il n'aurait jamais été question pour la Commission que tel puisse être le cas. La requérante semblerait vouloir soutenir, de manière fausse, que, parce que Marsh se serait présentée comme soumissionnaire unique, elle se serait présentée comme assureur voulant signer seul le contrat. La Commission n'aurait eu aucune raison de considérer que l'offre de Marsh était illégale. Cette offre ne serait pas illégale au motif qu'un courtier ne pourrait justifier d'un minimum de 100 000 m^2 assurés. En effet, les informations requises n'excluraient pas de prendre en compte la conclusion de polices d'assurance impliquant un minimum de 100 000 m^2 assurés, pour les sociétés d'assurances, et la prestation de services de courtage impliquant un minimum de 100 000 m^2 assurés, pour les courtiers. Enfin, il aurait été logique que seule la capacité financière et économique de Marsh soit vérifiée, s'agissant d'un soumissionnaire unique. En effet, ce serait Marsh qui, en cette qualité, aurait garanti la viabilité financière de son offre. Ce serait d'ailleurs la même approche qui aurait été suivie pour la requérante dans le précédent contrat d'assurance. En toute hypothèse, pour éviter que la Commission ne soit pas en relation contractuelle directe avec les assureurs, le cahier des charges aurait exigé que les assureurs signent le contrat d'assurance.

56 S'agissant du prétendu traitement de l'offre de Marsh comme une offre conjointe, cet argument serait illogique et erroné. Il serait établi que Marsh aurait présenté son offre comme soumissionnaire unique, que la Commission aurait examiné les critères d'exclusion et de sélection sur cette base et qu'elle aurait attribué le contrat audit soumissionnaire unique. La Commission ne voit pas comment la requérante peut prétendre qu'elle a traité l'offre de Marsh comme une offre conjointe. À titre surabondant, les éléments évoqués par la requérante ne prouveraient pas le contraire.

57 S'agissant de l'argument selon lequel l'offre de Marsh aurait dû comporter le modèle d'accord/procuration requis en cas d'offre conjointe, la Commission maintient que l'offre de Marsh, émanant d'un soumissionnaire unique, ne devait pas comporter l'accord/procuration signé.

– Sur la recevabilité de certains arguments soulevés dans la réplique

58 Sans soulever expressément d'exception d'irrecevabilité, la Commission estime toutefois que, à la suite de la preuve apportée par la Commission que le contrat signé le 27 février 2014 avec Marsh et les assureurs stipulait bien la responsabilité solidaire des assureurs, les arguments développés par la requérante dans la réplique vont au-delà du moyen unique initial tel que défini dans le recours, à savoir un moyen concernant « la condition de la solidarité prévue par le cahier des charges en cas d'offre conjointe avec un consortium d'assureurs ».

59 Il convient de relever que la requérante, dans la réplique, a développé certains arguments nouveaux relatifs, essentiellement, à l'illégalité d'une participation de Marsh en tant que soumissionnaire unique et à l'illégalité du traitement par la Commission de cette offre comme une offre conjointe.

60 Cependant, comme le fait valoir correctement la requérante dans la réplique et sans que la Commission y oppose d'ailleurs aucune réfutation circonstanciée dans la duplique, ces arguments nouveaux découlent d'informations dont la requérante a pris connaissance seulement à la lecture du mémoire en défense et des documents produits par la Commission à la demande du Tribunal.

61 Ainsi, c'est seulement dans le mémoire en défense que la requérante a su que Marsh avait participé à l'appel d'offres non au moyen d'une offre conjointe de Marsh et de six assureurs, mais en tant que courtier soumissionnaire unique proposant six assureurs. C'est seulement à la lecture des documents produits par la Commission le 29 septembre 2014 (voir point 31 ci-dessus) que la requérante a pris connaissance des échanges intervenus postérieurement à l'ouverture des offres, entre la Commission et Marsh, puis entre la Commission, Marsh et AIG, sur la question de la solidarité.

62 Dès lors, pour autant que les considérations de la Commission pourraient s'interpréter comme comportant une exception d'irrecevabilité, au titre de l'article 84, paragraphe 1, du règlement de procédure du Tribunal, à l'encontre des arguments nouveaux présentés par la requérante dans la réplique, cette exception d'irrecevabilité est non fondée.

– Sur l'illégalité de la participation de Marsh à l'appel d'offres en tant que courtier soumissionnaire unique

63 D'une part, conformément à l'article 102, paragraphe 1, du règlement financier, tous les marchés publics financés totalement ou partiellement par le budget de l'Union respectent le principe d'égalité de traitement et, au titre de l'article 146, paragraphe 1, du règlement d'exécution, les pouvoirs adjudicateurs établissent des critères de sélection clairs et non discriminatoires. D'autre part, conformément à l'article 102, paragraphe 2, du règlement financier, toute procédure de passation des marchés publics s'effectue par la mise en concurrence la plus large et, aux termes de l'article 111, paragraphes 1, 4 et 5, du même règlement, les modalités de remise des offres doivent permettre de garantir une mise en concurrence réelle, toute offre déclarée non conforme par la commission d'ouverture est rejetée et toute offre déclarée conforme est évaluée sur la base des critères prévus dans les documents d'appel à la concurrence. Enfin, l'article 113, paragraphe 1, du même règlement dispose que l'ordonnateur compétent désigne l'attributaire du marché dans le respect des critères de sélection et d'attribution préalablement définis dans les documents d'appel à concurrence et des règles de passation des marchés.

64 Le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, qui a pour objectif de favoriser le développement d'une concurrence saine et effective entre les entreprises participant à un marché public, impose que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et il implique donc que celles-ci soient soumises aux mêmes conditions pour

tous les compétiteurs (arrêts du 12 décembre 2002, Universale-Bau e.a., C-470/99, Rec, EU:C:2002:746, point 93, et du 12 mars 2008, Evropaïki Dynamiki/Commission, T-345/03, Rec, EU:T:2008:67, point 143).

65 Les soumissionnaires doivent donc se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par le pouvoir adjudicateur (voir, en ce sens, arrêt du 18 octobre 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec, EU:C:2001:553, point 34 et jurisprudence citée). Le pouvoir adjudicateur est tenu de veiller, à chaque phase de la procédure, au respect de l'égalité de traitement et, par voie de conséquence, à l'égalité des chances de tous les soumissionnaires (voir, en ce sens, arrêts du 29 avril 2004, Commission/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec, EU:C:2004:236, point 108 ; du 24 février 2000, ADT Projekt/Commission, T-145/98, Rec, EU:T:2000:54, point 164 ; du 17 mars 2005, AFCon Management Consultants e.a./Commission, T-160/03, Rec, EU:T:2005:107, point 75, et du 22 mai 2012, Evropaïki Dynamiki/Commission, T-17/09, EU:T:2012:243, point 65).

66 C'est à la lumière de ce qui précède qu'il convient d'examiner la première branche du moyen d'annulation unique, tirée de l'illégalité de la participation de Marsh à l'appel d'offres comme courtier soumissionnaire unique.

67 S'agissant, eu égard aux termes de l'appel d'offres en cause, de la possibilité pour un courtier d'y participer en qualité de soumissionnaire unique, cette possibilité apparaît contredite par lesdits termes.

68 Premièrement, le terme « courtier » apparaît effectivement dans certains passages de l'appel d'offres (dans la section III.2.3 de l'avis de marché relative à la capacité technique, dans l'annexe de l'invitation à soumissionner relative aux spécifications techniques comme condition de participation et dans les rubriques relatives aux informations d'agréation à fournir). Cependant, ces passages sont au moins communs aux offres présentées par un soumissionnaire unique et aux offres conjointes.

69 Au-delà de ces mentions dans ces passages communs aux offres présentées par un soumissionnaire unique et aux offres conjointes, le terme « courtier » ne se retrouve expressément utilisé que dans le contexte d'offres conjointes (à l'article 5.1 des spécifications techniques, relatif à la signature du contrat d'assurance, dans le questionnaire concernant les offres conjointes dans l'annexe IV de l'invitation à soumissionner et dans le modèle d'accord/procuration dans la même annexe).

70 Dès lors, si les termes de l'appel d'offres relatifs aux offres présentées par un soumissionnaire unique n'excluent pas expressément le terme « courtier », ils ne le prévoient pas non plus. La présence de ce terme dans les parties de l'appel d'offres communes aux offres présentées par un soumissionnaire unique et aux offres conjointes apparaît plus explicable par le fait que le courtier est explicitement prévu pour être un soumissionnaire dans le cadre d'une offre conjointe que par le fait qu'il puisse être soumissionnaire unique.

71 Deuxièmement, l'affirmation de la Commission, selon laquelle aucune disposition du cahier des charges n'empêchait un courtier de présenter une offre pour le lot n° 1 en tant que soumissionnaire unique, peut être raisonnablement remise en question.

72 Tout d'abord, il ressort du premier tiret du point 5 de l'invitation à soumissionner, intitulé « Suite donnée à la soumission des offres », que « la présente invitation à soumissionner ne constitue aucun engagement de la part de la Commission » et que « [c]elui-ci ne prend naissance qu'à la signature du contrat avec l'attributaire retenu ». De la même manière, la mention « au cas où le contrat ne pourrait être conclu avec l'attributaire » figure au premier paragraphe de la troisième page de la décision attaquée.

73 Dans le cas présent et ainsi que cela ressort du dossier et des affirmations de la Commission elle-même, l'« attributaire » retenu est seulement Marsh, à l'exclusion de toute autre personne.

74 Or, comme le souligne la Commission elle-même dans ses échanges avec Marsh datés des 18 décembre 2013 et 12 février 2014, un courtier ne peut pas être le seul signataire du contrat de services en litige.

75 Ensuite, selon l'article 5.1 des spécifications techniques, dans l'hypothèse où le contrat devrait être signé par plusieurs assureurs solidaires, seuls trois cas de soumission sont prévus, dont un seul prévoit la présence d'un courtier. Or, cette dernière situation est décrite comme correspondant aux « cas de soumission par plusieurs assureurs solidaires, agissant en consortium, représenté(s) par un courtier ». Dès lors, la présence d'un courtier n'est envisagée que dans le cas d'offres conjointes.

76 Au regard de ce qui précède, il convient de conclure que, contrairement à l'argumentation de la Commission, il ressort de l'analyse des termes du cahier des charges que non seulement la situation dans laquelle un courtier présente une offre en tant que soumissionnaire unique n'était pas envisagée, mais encore que cette situation pouvait même être considérée comme étant exclue.

77 La Commission admet d'ailleurs elle-même que l'hypothèse de soumission par un courtier soumissionnaire unique n'était pas formellement prévue dans le cahier des charges. Toutefois, elle fait valoir que, animée par le souci d'ouvrir le marché à la concurrence la plus grande possible, elle aurait considéré que le cahier des charges ne devait pas être interprété comme excluant l'offre d'un courtier soumissionnaire unique ayant reçu des mandats de la part de plusieurs assureurs s'engageant à signer et exécuter le contrat en cas d'attribution. Elle aurait également pris en compte, dans ce contexte, l'article 121, paragraphe 5, deuxième alinéa, du règlement d'exécution.

78 S'agissant de la référence à l'article 121, paragraphe 5, deuxième alinéa, du règlement d'exécution, il convient de relever que cette disposition s'applique au cas d'une soumission par un groupement d'opérateurs économiques. Cette disposition indique que le pouvoir adjudicateur ne peut alors exiger une forme juridique déterminée pour ce groupement. En l'espèce, cependant, il ne s'agissait pas d'une soumission par un groupement d'opérateurs économiques, mais par un courtier soumissionnaire unique, seul attributaire du marché public.

79 Quant à l'interprétation du cahier des charges, revendiquée par la Commission, comme n'excluant pas les courtiers soumissionnaires uniques, elle est non seulement contredite par les dispositions dudit cahier, mais encore par l'économie du système.

80 En effet, la présentation d'une offre par un courtier soumissionnaire unique, estimée possible par la Commission, comporte des implications différentes, en termes de vérification de la conformité de l'offre, de celles découlant d'une offre présentée par une compagnie d'assurance agissant en tant que soumissionnaire unique. Pourtant, dans les deux cas, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de s'assurer que l'offre répond au cahier des charges. Par conséquent, le pouvoir adjudicateur doit être en situation d'être à même d'accomplir cette mission.

81 Il résulte du point 3.4 de l'invitation à soumissionner que l'évaluation des offres devait s'effectuer en trois phases et que seules les offres satisfaisant aux exigences de chaque phase de l'évaluation pouvaient être admises à la phase suivante. Les première et deuxième phases avaient pour objectif la vérification, respectivement, des critères d'exclusion et des critères de sélection des soumissionnaires. L'évaluation des offres et l'attribution du marché relevaient de la troisième phase.

82 En ce qui concerne plus particulièrement la deuxième phase de l'évaluation relative à la vérification des critères de sélection, il ressort du point 3.4.2 de l'invitation à soumissionner que le comité d'évaluation est amené à examiner que les soumissionnaires disposent des capacités suffisantes, économique et financière, d'une part, technique et professionnelle, d'autre part. À cet égard, il convient de rappeler que, dans le mémoire en défense, la Commission a expressément indiqué qu'elle avait dûment vérifié que l'offre de Marsh satisfaisait à elle seule aux critères de sélection de l'appel d'offres, ce qui semble également ressortir de la grille d'évaluation des critères de sélection annexée au procès-verbal d'évaluation des offres du 13 janvier 2014.

83 Or, en ce qui concerne la vérification de la capacité économique et financière, il convient de relever que, dans le cas d'une offre conjointe, les dispositions de la section 4 de l'annexe IV de l'invitation à soumissionner indiquent que les informations doivent être fournies pour chaque membre individuellement.

84 Cette exigence permet de s'assurer de la solidité des compagnies d'assurance, qui sont celles qui, in fine, assurent le risque. Du fait de cette exigence, il n'est pas possible au courtier – prévu explicitement comme soumissionnaire potentiel dans le cadre d'une offre conjointe – de fournir uniquement les informations relatives à sa propre capacité économique et financière. En effet, il y a lieu d'éviter que le comité d'évaluation ne se concentre que sur la solidité d'un intermédiaire qui n'assure pas le risque couvert.

85 En revanche, dans le cas d'une offre présentée par un soumissionnaire unique, les mêmes dispositions de la section 4 de l'annexe IV de l'invitation à soumissionner indiquent seulement que l'évaluation porte sur la capacité économique et financière du soumissionnaire. Or, dans l'hypothèse (défendue par la Commission) de l'admission d'un courtier en tant que soumissionnaire unique, cela permettrait – comme cela s'est d'ailleurs passé en l'espèce – de limiter l'évaluation aux seules informations portant sur ce courtier. La solidité financière des compagnies d'assurance qui seront pourtant concrètement chargées de la garantie du risque ne serait pas, de jure, incluse dans la vérification de l'offre.

86 Cette constatation n'est pas remise en cause par l'article 147, paragraphe 3, du règlement d'exécution. Selon cette disposition, un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités, et, dans ce cas, doit prouver au pouvoir adjudicateur qu'il disposera des moyens nécessaires pour l'exécution du marché, par exemple par la production de l'engagement de ces entités de les mettre à sa disposition. En effet, cette disposition n'est applicable que si le soumissionnaire souhaite faire valoir les capacités d'autres entités.

87 Or, en l'espèce, la Commission a clairement indiqué que la vérification des critères de sélection, dont fait partie la capacité économique et financière, avait été effectuée exclusivement au regard de la situation de Marsh.

88 En effet, cette indication, qui est corroborée par les éléments du dossier, a été clairement fournie d'abord dans la procédure de référé (voir, en ce sens, ordonnance Vanbreda Risk & Benefits/Commission, point 33 supra, EU:T:2014:1024, point 72), non remise en cause sur ce point dans le cadre du pourvoi introduit par la Commission (voir point 36, in fine, ci-dessus) et tranché par l'ordonnance Commission/Vanbreda Risk & Benefits, point 39 supra (EU:C:2015:275). La Commission a ainsi confirmé que seule la capacité économique et financière de Marsh, et non celle des compagnies d'assurance mandataires, avait été vérifiée. Elle a indiqué avoir recherché, par cet appel d'offres, à conclure un contrat avec des assureurs sans cependant devoir vérifier leur capacité économique et financière. Cette approche relèverait d'un choix délibéré de ne pas procéder à un examen économique en n'exigeant pas de preuve à cet égard, mais d'adopter une attitude plus juridique, l'engagement du soumissionnaire quant à l'obligation de satisfaire à ce critère étant demandé.

89 Dans la duplique du présent recours, la Commission a de nouveau confirmé que seule la capacité économique et financière de Marsh, mais non celle des assureurs que Marsh proposait, devait être vérifiée dans le cadre de la procédure d'appel d'offres.

90 Cependant, il suffit de relever que cette approche de la Commission et les explications fournies sont contredites par les termes et la logique mêmes du cahier des charges. En effet, dans le cadre d'offres conjointes pour lesquelles la présence d'un courtier est expressément prévue, le cahier des charges exige les documents prouvant la capacité économique et financière de chaque membre individuellement, y compris, donc, de la ou des compagnies d'assurance participant à l'offre conjointe.

Si la volonté initiale de la Commission avait réellement été de se limiter à la vérification de la capacité économique et financière des courtiers, elle n'aurait pas exigé, dans le cadre d'une offre conjointe présentée avec courtier, la production de documents relatifs à la capacité économique et financière de chacun des membres. En outre, si une compagnie d'assurance avait présenté une offre en tant que soumissionnaire unique, sa capacité économique et financière aurait été vérifiée. Dès lors, ce n'est que dans l'hypothèse où un courtier aurait présenté une offre en tant que soumissionnaire unique que la capacité économique et financière de l'entité qui garantit le risque n'aurait pas été vérifiée. Cela ne respecte ni l'économie du système dans son ensemble, ni l'égalité de traitement des soumissionnaires.

91 Enfin, au regard des termes de l'appel d'offres (voir point II.1.5 de l'avis de marché, point 2 des spécifications techniques et article I.1.1 du projet de contrat de services), l'objet de cet appel d'offres consistait dans la conclusion d'un contrat d'assurance. Dans sa lettre du 18 décembre 2013, la Commission a confirmé qu'il s'agissait d'un contrat direct d'assurance. Or, il convient de constater que, bien que poursuivant un tel objectif, la Commission s'est limitée à vérifier la capacité économique et financière du courtier Marsh, sans examiner celle des assureurs proposés par ce dernier. Si une telle attitude pourrait s'expliquer dans le cadre d'un appel d'offres organisé en vue de la conclusion d'un contrat de courtage, celle-ci apparaît non conforme dans le cadre d'un appel d'offres relatif à un contrat d'assurance, eu égard, notamment, à l'objectif de protection des intérêts financiers de l'Union poursuivi par le règlement financier.

92 Quant aux considérations de la Commission relatives à l'approche qui aurait été suivie dans la procédure d'appel d'offres antérieure à la procédure d'appel d'offres et au contrat d'assurance objets du présent litige, elles sont sans pertinence pour apprécier la légalité de la décision attaquée.

93 Il ressort des considérations qui précèdent que l'admission d'un courtier à participer à l'appel d'offres en tant que soumissionnaire unique est contraire tant aux dispositions de l'appel d'offres qu'à l'économie du système mis en place par celui-ci. Les considérations avancées par la Commission, relatives à l'objectif qu'elle aurait poursuivi de maintenir un haut niveau de concurrence dans la participation à l'appel d'offres litigieux, ne sont nullement de nature à justifier le non-respect des dispositions de l'appel d'offres.

94 En outre, il ressort des éléments du dossier que l'une des conditions essentielles de l'appel d'offres consistait en l'engagement, par le ou les assureurs, à garantir que le pouvoir adjudicateur bénéficierait d'une couverture à 100 % des risques prévus dans le cahier des charges.

95 Selon la Commission, dans l'hypothèse – selon elle acceptable – d'un courtier soumissionnaire unique, il serait revenu à ce dernier d'organiser les modalités pratiques d'exécution du contrat. Cette approche aurait impliqué, pour la Commission, de ne vérifier si la condition de couverture mentionnée au point 94 ci-dessus était remplie qu'en faisant porter cette vérification sur le seul résultat et non sur la manière dont ce dernier était obtenu.

96 En l'espèce, lors du dépôt de son offre, Marsh a présenté une répartition des risques entre les compagnies d'assurance afin d'atteindre l'objectif d'une couverture à 100 %. Par lettre du 14 février 2014, Marsh a informé la Commission que l'un des assureurs devant prendre part à son offre, AIG, avait refusé de signer le contrat. À la suite de cette défection, Marsh a proposé une nouvelle répartition de ces risques, sans modification du prix total de l'offre retenue, impliquant que la reprise de la quote-part d'intervention d'AIG se ferait, d'une part, en augmentant les quotes-parts d'intervention des compagnies d'assurance restantes et, d'autre part, en allouant une partie de cette quote-part à deux nouvelles compagnies d'assurance qui ne figuraient pas parmi celles initialement mentionnées dans l'offre de Marsh.

97 Partant, au moment où Marsh a dû, d'une part, renégocier l'augmentation de la quote-part des compagnies d'assurance qui l'avaient mandatée et, d'autre part, négocier la participation de deux nouveaux assureurs, non seulement l'offre concurrente était connue, mais la certitude de l'attribution

du marché à Marsh était acquise. Or, si, à l'époque de la formation de l'offre initiale et, donc, sans savoir que le marché leur serait attribué, les compagnies d'assurance mandatant Marsh avaient dû assumer des quotes-parts plus élevées, signifiant des prises de risque plus importantes de leur part, il est vraisemblable qu'elles auraient, selon toute probabilité économique, exigé en contrepartie une augmentation de leur rémunération. Cela aurait pu, par conséquent, conduire à une hausse du prix de l'offre. De la même manière, la négociation d'une prise de participation par deux nouveaux assureurs à une offre, à un moment où ni le prix de l'offre concurrente ni la certitude d'obtenir le marché n'auraient été connus, aurait également été de nature à conduire à un résultat différent affectant potentiellement à la hausse le prix total de l'offre proposée par Marsh. Au contraire, en l'espèce, ces deux nouvelles compagnies d'assurance pouvaient connaître exactement la rémunération maximale qu'elles pouvaient obtenir au moment où elles ont donné leur accord à Marsh.

98 Dès lors, si le prix total de l'offre retenue n'a effectivement pas été modifié pour la Commission, les conditions de négociation entre le soumissionnaire et les compagnies d'assurance l'ont indubitablement été.

99 Il résulte de ce qui précède que l'admission d'un courtier à participer à l'appel d'offres en tant que soumissionnaire unique mandaté par des compagnies d'assurance, premièrement, rend illusoire la vérification par le comité d'évaluation des mérites d'une offre par rapport aux conditions posées par le cahier des charges, deuxièmement, permet audit courtier de bénéficier, le cas échéant, d'un avantage concurrentiel sur les autres soumissionnaires et, troisièmement, entraîne une inégalité de traitement en faveur du courtier soumissionnaire unique par rapport, notamment, à un concurrent déposant une offre conjointe avec un ou plusieurs assureurs.

100 L'interprétation du cahier des charges par la Commission comme n'excluant pas les courtiers soumissionnaires uniques est ainsi non seulement contredite par les dispositions de l'appel d'offres, mais encore par l'économie du système. C'est donc à juste titre que la requérante a soutenu que la participation de Marsh à l'appel d'offres en tant que courtier soumissionnaire unique était illégale.

101 Au-delà même de cette constatation tirée des termes et de la logique de l'appel d'offres, il convient d'examiner si, en l'espèce et comme le relève la requérante dans la réplique, la Commission n'a pas, en outre, violé l'égalité de traitement à l'occasion de ses échanges avec Marsh postérieurement à l'ouverture des offres.

– Sur la violation de l'égalité de traitement à l'occasion des échanges entre la Commission et Marsh postérieurement à l'ouverture des offres

102 Il résulte de la jurisprudence mentionnée aux points 64 et 65 ci-dessus que le pouvoir adjudicateur doit traiter de façon égale tous les soumissionnaires et qu'il doit, à cette fin, procéder à la vérification de la conformité des offres aux exigences du marché. Le pouvoir adjudicateur ne peut pas accepter une offre et signer un contrat s'il a, ou devrait raisonnablement avoir, des raisons de penser que l'offre qu'il examine ou qu'il a déjà retenue n'est pas conforme aux exigences du marché.

103 Dans ce contexte, il convient d'examiner les échanges entre Marsh et la Commission, tels qu'ils ressortent du dossier et, en particulier, des éléments produits par la Commission en réponse à la mesure d'organisation de la procédure du 11 septembre 2014.

104 Le 25 octobre 2013, Marsh a déposé son offre auprès de la Commission en tant que courtier soumissionnaire unique.

105 Dans cette offre figuraient les déclarations sur l'honneur de six assureurs, dans lesquelles chaque assureur manifestait son accord avec le contenu de l'offre de Marsh, annonçait sa quote-part d'engagement de couverture d'assurance pour le marché et indiquait qu'il se conformerait à tous les termes des spécifications du marché, « pour sa part respective ». Dans l'une de ces déclarations – émanant d'AIG – figurait la mention manuscrite suivante :

« À l'exception de la clause de solidarité […]. Nous n'acceptons pas cette clause. » [« except concerning the solidarity clause (annexe IV, p. 9, point 1). We do not accept this clause »].

106 Dans la partie technique de son offre, Marsh indiquait que, elle-même (courtier soumissionnaire) et les assureurs qu'elle proposait « [n]'étant pas constitués en groupement ni en relation de sous-traitance, certaines modalités figurant à l'annexe IV [de l'invitation à soumissionner] telles que la responsabilité conjointe et solidaire des assureurs, [n'étaient] pas d'application pour le présent marché ».

107 Par télécopie du 13 novembre 2013, la Commission a accusé réception de l'offre de Marsh. Dans cette télécopie, la Commission n'a fait aucune remarque ni demande s'agissant des documents et mentions de l'offre de Marsh relatifs à la nature de l'engagement des assureurs.

108 La Commission a seulement indiqué à Marsh que son offre n'était pas (mais à d'autres égards) accompagnée de tous les documents et informations requis (capacité technique, références antérieures d'assurances et de surfaces assurées). Marsh a fourni les informations demandées, par télécopies des 15 et 18 novembre 2013).

109 Par télécopie du 27 novembre 2013), la Commission a indiqué à Marsh que son offre nécessitait un complément d'information.

110 Dans cette télécopie, la Commission a indiqué que « le pouvoir adjudicateur a bien noté que [la section] 3 de l'annexe IV de l'invitation à soumissionner [n'était] pas d'application étant donné qu'il ne [s'agissait] pas d'une offre conjointe ni d'une offre présentée par un groupement d'entreprise ».

111 La Commission a indiqué que le pouvoir adjudicateur avait acté que l'offre de Marsh proposait une couverture à 100 % des risques garantis, mais qu'une incohérence avait été décelée au niveau des prorata d'intervention de deux assureurs. Aux fins de la correction de cette incohérence, la Commission demandait à Marsh de faire parvenir les mandats corrigés contresignés par les différents assureurs reprenant la participation de chacun.

112 À l'occasion de cette correction – et ce de manière plus directement pertinente pour le présent litige –, la Commission a demandé à Marsh de « confirmer que les risques à assurer seront couverts à 100 % sous la responsabilité solidaire de tous les assureurs impliqués conformément au dernier paragraphe de la page 1 du projet de contrat cadre ».

113 Par télécopie du 28 novembre 2013, Marsh a répondu « souhaiter que soit précisé ce que le projet de contrat cadre entend par *la responsabilité solidaire de tous les assureurs impliqués* » (mis en italique par Marsh).

114 Marsh a indiqué que, « tenant compte des pratiques en assurance dans le cas d'offres impliquant un apériteur et des co-assureurs, [sa] compréhension de cette notion est que tous les co-assureurs désignés autorisent l'apériteur à agir en leur nom pour toutes les opérations relatives au contrat ». Marsh a indiqué que « ceci comprend entre autres, les déclarations, les modifications, notifications du sinistre, la négociation, la régulation et l'indemnisation du sinistre et frais y afférents, toute action légale et l'exercice de tout droit de subrogation et recours » et qu'« [il] est également entendu que tous les co-assureurs suivront automatiquement et définitivement toute décision ou action prise par l'apériteur entraînant par là le consentement unanime de tous les assureurs du contrat ». Marsh a donc demandé à la Commission de lui confirmer que cette compréhension était correcte.

115 Par télécopie du 2 décembre 2013, la Commission a indiqué « souhait[er] apporter les précisions suivantes afin de répondre aux interrogations » de Marsh, et elle l'a fait dans les termes suivants :

« Tout d'abord, il convient de rappeler que le futur contractant sera tenu par une obligation de résultat consistant à fournir une assurance conformément aux dispositions du cahier des charges (couverture à 100 %) sans interruption pour toute la durée du contrat.

Dans ce contexte, il incombe au soumissionnaire d'organiser les modalités pratiques d'exécution contractuelle, qui pourraient inclure notamment les moyens décrits dans votre lettre.

En ce qui concerne la notion de solidarité, je vous renvoie à la définition reprise à l'article 5.1 des spécifications techniques (ci-dessous).

Comme vous pouvez le constater, cet article n'impose pas d'exigences particulières en matière de modalités d'exécution et de gestion du contrat de la part des apériteurs, des courtiers ou des co-assureurs.

'***5.1*** **Dispositions générales**

La mise en exécution du contrat débutera à la date d'entrée en vigueur du contrat conformément à l'article 1.2.1 du projet de contrat.

Dans les cas de soumission par plusieurs assureurs solidaires agissant en consortium ou par plusieurs assureurs agissant en consortium et représentés par un apériteur solidaire, en cas d'attribution, le contrat sera signé par chaque assureur. Dans cette hypothèse, le soumissionnaire garantit que le pouvoir adjudicateur sera pleinement assuré (couverture à 100 %) sans interruption pour toute la durée du contrat ; étant entendu que dans l'hypothèse où le soumissionnaire est un apériteur, ce dernier servira de point de contact pour le pouvoir adjudicateur et de gestionnaire du contrat pendant son exécution.

Dans les cas de soumission par plusieurs assureurs solidaires, agissant en consortium, représenté(s) par un courtier, en cas d'attribution, le contrat sera signé conjointement par chaque assureur et le courtier. *Dans cette hypothèse, le ou les assureurs s'engagent également à garantir que le pouvoir adjudicateur sera pleinement assuré (couverture à 100 %) sans interruption pour toute la durée du contrat. Dans ce cas, le courtier servira de point de contact pour le pouvoir adjudicateur et de gestionnaire du contrat pendant son exécution. Le courtier sera rémunéré directement par le ou les assureurs. Le courtier pourra recevoir le paiement des primes et servir d'intermédiaire au remboursement des sinistres.*'

Compte tenu de ce qui précède, je vous invite à confirmer le respect de la clause de solidarité telle que définie ci-dessus et à la première page du projet de contrat cadre » (mis en gras et en italique par la Commission).

116 Par courriel du 6 décembre 2013, Marsh a indiqué qu'elle n'avait « malheureusement […] à ce stade toujours pas la certitude de bien comprendre l'engagement que [la Commission lui] demandait de produire » concernant la question de la responsabilité solidaire des assureurs.

117 Marsh a ajouté que « l'enjeu était trop important pour ne pas prendre le temps nécessaire à une parfaite compréhension – de part et d'autre – des dispositions contractuelles auxquelles [elle devait] se conformer ». Marsh a sollicité un entretien pour « débattre de [la] compréhension mutuelle de cette clause de solidarité », en indiquant que cet entretien « sera[it] immédiatement suivi de [sa] réponse définitive […] quant à cet engagement et [lui] permettra[it] sans aucun doute de clarifier les notions qui [la] bloqu[ai]ent actuellement dans la réponse à fournir [à la Commission] ».

118 Marsh a poursuivi par les considérations suivantes :

« Citons pour mémoire, comme déjà précisé dans notre demande du 28 novembre 2013, le fait que Marsh a introduit son offre seule en tant que courtier, sans groupement, consortium ni offre conjointe avec un ou plusieurs assureurs (eux-mêmes n'étant pas constitués en groupement). Ce principe, qui a été reconnu dans votre fax du 27 novembre 2013, ne se retrouve pas dans l'article 5.1 des modalités d'exécution du contrat, auquel vous faites référence dans votre dernier fax (aucun des deux cas décrits ne correspond à la réalité de notre offre), alors que le présent appel d'offres est bien ouvert aux assureurs et aux courtiers.

L'introduction d'une offre par Marsh comme seul soumissionnaire, appuyée des engagements de la part des assureurs pour couverture à 100 %, ne requiert pas et ne s'identifie pas à nos yeux à un groupement au sens de l'article 5.1, ce dernier requérant une offre unie de tous les membres du groupement devenant alors tous ensemble soumissionnaires moyennant des engagements solidaires.

Cette distinction, il nous semble, impacte la nécessité de devoir confirmer ou non l'engagement de solidarité de la part des assureurs.

Nous souhaitons également mieux comprendre si Marsh, seul soumissionnaire, est considéré comme (seul ?) contractant, sachant que la définition de contractant renvoie à 'la compagnie ou l'entreprise d'assurance auprès de laquelle le contrat est souscrit...'. Ou, a contrario, pouvez-vous considérer que le (seul) soumissionnaire ne serait même pas co-contractant (puisqu'il est courtier), ce qui apparaît comme juridiquement plus que complexe ?

Enfin, revenant sur cette notion de responsabilité solidaire, que vise-t-elle précisément, sachant par exemple que suivant l'article 47 de la loi de contrôle du 9 juillet 1979 (telle qu'amendée) (transposition de directives européennes), la [Financial Services and Markets Authority] peut de toute façon imposer des mesures d'assainissement affectant le droit des tiers (les créanciers d'un assureur). En considérant la situation financière d'un assureur belge, la [Financial Services and Markets Authority] pourrait imposer des mesures d'assainissement affectant l'engagement de solidarité par exemple parce qu'un engagement de solidarité mettrait en péril les engagements ordinaires et propres de l'assureur. »

119 Par télécopie du 18 décembre 2013, la Commission a répondu que l'organisation de la réunion demandée n'était pas envisageable car ce type de contact n'était pas autorisé et a indiqué que, « quant [aux] interrogations [de Marsh] en matière de responsabilité solidaire […], [elle] pouvait apporter les clarifications suivantes » :

« Il convient de rappeler que l'objet du présent appel d'offres est la conclusion des contrats d'assurance pour chaque lot du marché, selon les modalités prévues dans les documents d'appel à la concurrence. Il s'agit de contrats directs d'assurance qui doivent couvrir les avoirs ou les responsabilités des pouvoirs adjudicateurs à partir de leur signature, sans qu'une police d'assurance ne soit signée par la suite. À ce titre, l'article 5.1 des Spécifications techniques prévoit que 'la mise en exécution du contrat débutera à la date d'entrée en vigueur du contrat conformément à l'article 1.2.1 du projet de contrat'.

Or, exiger d'un courtier seul la signature d'un contrat d'assurance en son propre nom sans l'engagement conjoint et solidaire des sociétés d'assurance dépasserait l'étendu des engagements qu'un courtier est légalement en mesure d'assumer. C'est la raison qui a déterminé qu'une pareille situation ne soit pas prévue dans le présent marché.

Pour cette raison les documents d'appel à la concurrence prévoient que les contrats seront signés obligatoirement par les sociétés d'assurance et le cas échéant par le courtier, selon les modalités prévues au point 5.1 des Spécifications techniques. Dans ce cas, la responsabilité des signataires du contrat sera une responsabilité solidaire telle que prévu dans le modèle de contrat annexé au cahier de charges.

Comme déjà indiqué dans notre fax du 27 novembre 2013, il appartient au soumissionnaire d'organiser les modalités pratiques d'exécution contractuelle, ainsi que la répartition des rôles entre les différentes sociétés d'assurances pour assurer la bonne exécution du contrat. Ainsi, le(s) futur(s) contractant(s) sont soumis à une obligation de résultat qui consiste à fournir une assurance conformément aux dispositions du cahier des charges (couverture à 100 %) sans interruption pour toute la durée du contrat. Dans ce contexte, la solidarité représente une garantie additionnelle pour les pouvoirs adjudicateurs en cas de mauvaise exécution du contrat, sans que cela ait pour conséquence d'imposer aux signataires du contrat d'autres obligations quant à son exécution.

Compte tenu de ce qui précède, je vous invite à confirmer le respect de la clause de solidarité telle que définie dans les documents d'appel à la concurrence, et en particulier à la première page du projet de contrat cadre, et clarifiée ci-dessus.

Par ailleurs, je note que dans votre courrier vous précisez que vous disposez des mandats de la part des assureurs confirmant la couverture à 100 %. Je vous remercie de bien vouloir nous faire parvenir lesdits mandats. »

120 Par télécopie du 24 décembre 2013, Marsh a répondu ce qui suit :

« Compte tenu des éléments de clarification figurant dans ce fax, notamment concernant la garantie additionnelle que représente pour les pouvoirs adjudicateurs la solidarité en cas de mauvaise exécution du contrat, sans que cela ait pour conséquence d'imposer aux signataires du contrat d'autres obligations quant à son exécution, nous vous confirmons par la présente une couverture à 100 %.

À ce titre, nous vous joignons en annexe les mandats signés par les assureurs confirmant, ensemble, la couverture à 100 %, chacun pour leur part. La 'superposition' des 6 mandats signés confirme bien la couverture à 100 % pour toute la durée du contrat.

Dans cette structure (pour rappel, identique à celle en place dans le cadre de l'actuel contrat interinstitutionnel), Marsh présente donc une offre composée de 6 assureurs prenant des participations sous la forme de coassurance dans des rangs que nous avons clairement définis dans les schémas figurant sur les mandats signés.

Ces assureurs ne sont pas constitués en groupement avec Marsh, pas plus qu'entre eux, cela a également été précisé.

N'étant pas constitués en groupement, les assureurs déclarent qu'ils sont conformes avec l'ensemble des termes du marché, pour la partie du contrat qu'ils exécuteront ('I declare that xxx will comply with all the terms of the tender specifications, for the part of the contract xxx will perform').

Ces déclarations nous paraissent répondre aux demandes de garanties des pouvoirs adjudicateurs quant à la bonne exécution du contrat, mais nous déplorons toutefois que malgré les efforts réciproques de compréhension et de clarification, ceci ne nous permette pas d'être totalement convaincus d'ainsi répondre aux exigences du contrat, dans la mesure où la solidarité conjointe et solidaire, dans l'acception que peut-être vous souhaitez lui donner, n'est pas reconnue par les assureurs. Elle pourrait

en effet impliquer que chaque assureur doive non pas s'engager sur la partie du contrat qu'il exécutera, mais bien jusqu'à 100 % de celui-ci, ce qui est contraire au principe de coassurance, la couverture devant être garantie à 100 %, et non à 600 %.

Afin d'atteindre la finalité visée par vous en imposant un engagement solidaire entre assureurs, nous tenons à vous confirmer qu'il a été demandé à et accepté par chaque assureur de s'engager à l'exécution de sa participation à 100 %. Dès lors, vous ne devez ni en fait ni en droit, faire appel à la solidarité.

Nous vous remercions d'avance de votre clarification finale sur ce point. »

121 Par télécopie du 8 janvier 2014, la Commission a remercié la requérante pour les clarifications et éléments apportés dans le courrier du 24 décembre 2013 et a demandé, dans les termes suivants, les précisions suivantes :

« D'autre part, comme précisé précédemment, l'engagement de la part de votre société et des sociétés d'assurance dont les mandats ont été fournis avec votre offre devra être acté par la signature du contrat d'assurance annexé au cahier de charges.

Le fait que l'offre ait été soumise d'une façon individuelle ou par un groupement de soumissionnaires ne revêt aucune importance à ce stade, étant donné que le contrat d'assurance devra être obligatoirement signé par les sociétés d'assurances qui confirment via leur mandat l'exécution en cas d'attribution. À la lecture de votre courrier, il ne ressort pas clairement si ceci sera le cas.

Par conséquent, je vous invite à confirmer qu'en cas d'attribution l'engagement contractuel sera signé aussi bien par votre société, que par les co-assureurs repris dans votre offre. »

122 Par courriel du 10 janvier 2014, Marsh a répondu dans les termes suivants :

« [N]ous vous confirmons qu'en cas d'attribution du marché, Marsh et les co-assureurs repris dans notre offre (et dont les mandats ont été reconfirmés dans notre courrier du 24 décembre 2013) signeront le contrat de services joint au cahier des charges, pour autant que notre offre initiale, les mandats qui en font partie et les différents documents complémentaires de clarification concernant notamment la responsabilité conjointe et solidaire fassent intégralement partie des éléments constitutifs du marché.

Précisément pour ce qui concerne la page 1 dudit contrat, vous aurez bien noté de nos précédents échanges que les assureurs déclarent dans les mandats joints à notre offre, qu'ils sont conformes avec l'ensemble des termes du marché, pour la partie du contrat qu'ils exécuteront ('I declare that xxx will comply with all the terms of the tender specifications, for the part of the contract xxx will perform').

Espérant avoir ainsi répondu à l'ensemble de vos attentes, nous vous prions d'agréer, chère Madame, nos salutations distinguées. »

123 Dans son procès-verbal du 13 janvier 2014, le comité d'évaluation a considéré que, au vu de toutes les réponses, Marsh satisfaisait aux critères de non-exclusion et de sélection indiqués dans l'avis de marché. S'agissant de l'évaluation financière, le comité d'évaluation a considéré que Marsh avait fourni les précisions et documents demandés et que son offre, pour le lot nº 1, telle que clarifiée par le soumissionnaire, était conforme avec les dispositions du cahier des charges et se qualifiait pour l'évaluation financière.

124 Le 30 janvier 2014, la Commission a adopté la décision attaquée.

125 Il ressort, pourtant, de la description ci-dessus des échanges entre Marsh et la Commission que cette dernière n'a rapidement plus pu nourrir aucun doute sur le fait que l'offre de Marsh, du 25 octobre 2013, n'avait pas été constituée – ni donc chiffrée – sur la base d'un engagement solidaire, c'est-à-dire d'un engagement de chacun des assureurs de fournir, le cas échéant, la totalité de la couverture d'assurance.

126 Au plus tard après la réception de la télécopie de Marsh du 24 décembre 2013 (voir point 120 ci-dessus) et plus encore après celle du courriel du 10 janvier 2014 (voir point 122 ci-dessus), la Commission aurait dû relever que l'offre de Marsh ne comportait concrètement, de l'aveu même de cette dernière, qu'une responsabilité conjointe des assureurs, chacun pour sa quote-part. La Commission aurait dû donc constater que l'offre de Marsh n'était pas conforme aux exigences du marché et conclure que poursuivre vers la signature du contrat avec Marsh impliquerait une rupture de l'égalité de traitement à l'égard de l'autre soumissionnaire.

127 La circonstance que, finalement, après le retrait d'AIG et son remplacement par deux autres assureurs, la couverture d'assurance procurée par le contrat signé entre la Commission, Marsh et les assureurs finalement proposés par Marsh ait comporté l'engagement solidaire de ces assureurs ne remet nullement en cause la conclusion du point 126 ci-dessus. Au contraire, ces évolutions ne font que confirmer ce qui ressort déjà des échanges antérieurs à la décision attaquée.

128 Il convient de souligner que ce qui importe, pour le présent recours, ce n'est pas que la couverture d'assurance finalement procurée par Marsh et les assureurs ait, du fait de ces évolutions, comporté la solidarité requise par le cahier des charges sans modification du prix figurant dans l'offre de Marsh du 25 octobre 2013, mais que l'offre de Marsh, telle que déposée, ne prévoyait pas cette solidarité et, partant, n'avait pas été établie conformément au cahier des charges.

129 Quant à l'invocation, par la Commission, de certaines circonstances inhabituelles, en particulier la présence sur le mandat d'AIG évoqué au point 105 ci-dessus d'une mention manuscrite (« À l'exception de la clause de solidarité […]. Nous n'acceptons pas cette clause. ») puis l'envoi ultérieur d'un mandat d'AIG ne comportant plus cette mention (voir point 120 ci-dessus), elle n'est pas de nature à remettre en cause le fait que la Commission ne pouvait se méprendre sur l'absence de solidarité dans l'offre de Marsh.

130 En effet, s'il est vrai que, à la demande de la Commission, Marsh lui a ensuite transmis un mandat d'AIG ne comportant plus cette mention manuscrite, il n'en reste pas moins que ce dernier mandat continuait de stipuler une limite d'engagement financier de l'assureur et le fait que l'assureur s'engageait à respecter les termes de l'offre « pour la partie du contrat qu'il exécutera » (for the part of the contract it will perform). Ainsi, la simple suppression de la mention manuscrite mentionnée au point 129 ci-dessus n'impliquait pas qu'AIG avait renoncé à exclure la solidarité.

131 En outre et de manière encore plus significative, ce mandat d'AIG sans mention manuscrite (ainsi d'ailleurs que les cinq autres mandats, libellés dans les mêmes termes, des cinq autres assureurs proposés par Marsh) était annexé à la lettre de Marsh du 24 décembre 2013. Or, cette lettre, ainsi que cela ressort de ses termes (voir point 120 ci-dessus), excluait explicitement la solidarité des assureurs. À sa lecture, le Commission ne pouvait avoir aucun doute raisonnable sur ce point. À tout prendre, la suppression de la mention manuscrite, qui uniformisait désormais la formulation de tous les mandats des assureurs proposés par Marsh (lesquels comportaient tous la mention de l'engagement des assureurs « chacun pour la partie du contrat qu'il exécutera »), aurait dû, conjointement avec les termes de la lettre du 24 décembre 2013, convaincre d'autant plus la Commission qu'elle était en présence d'une difficulté au sujet de l'offre de Marsh, s'agissant de la solidarité.

132 Enfin, à la suite de la lettre du 24 décembre 2013, le courriel du 10 janvier 2014 (voir point 122 ci-dessus) ne pouvait que confirmer à la Commission la réalité de l'absence d'engagement solidaire des assureurs dans l'offre de Marsh. La Commission ne pouvait, dès lors, ignorer que cette offre était

non conforme et qu'elle était établie sur des bases d'engagement financier sans rapport avec celles de l'offre de la requérante. C'est donc en violation manifeste du principe d'égalité de traitement que la Commission, plutôt que de constater la non-conformité de l'offre de Marsh et de l'écarter, a poursuivi les échanges avec cette entreprise et a adopté la décision attaquée.

133 Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que la première branche du moyen d'annulation unique est fondée.

Sur la deuxième branche du moyen, tirée de la violation du principe d'égalité de traitement en raison de la modification de l'offre de Marsh postérieurement à l'ouverture des offres

134 La requérante fait valoir que la composition du consortium formé par Marsh a été modifiée postérieurement à l'ouverture des offres. En effet, au moins un des assureurs, à savoir AIG, qui aurait refusé de s'engager solidairement à l'exécution du marché, aurait été écarté.

135 Cette modification de la composition du consortium formé par Marsh postérieurement à l'ouverture des offres ne saurait être qualifiée de « précision » sur le contenu de l'offre ou de « correction d'une erreur matérielle » au sens de l'article 160, paragraphe 3, du règlement d'exécution. En l'autorisant, la Commission aurait enfreint le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, lu ensemble avec l'article 112, paragraphe 1, du règlement financier et l'article 160 du règlement d'exécution.

136 Enfin, il serait manifeste que, en l'absence de cette irrégularité dans l'attribution du marché, la procédure administrative aurait pu aboutir à un résultat différent. En effet, si la Commission avait rejeté l'offre de Marsh comme étant non conforme, le marché aurait été attribué à la requérante, car elle était la seule autre entreprise à avoir soumissionné dans ce marché et dont l'offre était conforme.

137 Dans la réplique, la requérante, sur la base des éléments nouveaux, fait valoir que les modifications illégales de l'offre de Marsh ont été de trois ordres.

138 En premier lieu, l'identité des assureurs ayant mandaté Marsh et leur situation financière ne seraient pas une simple modalité pratique d'exécution du contrat. Le remplacement d'AIG par d'autres assureurs après l'ouverture des offres aurait constitué une modification illégale de l'offre.

139 En deuxième lieu, bien que le prix total de l'offre de Marsh serait demeuré inchangé, les conditions de négociation entre Marsh et les assureurs existants et nouveaux auraient sans doute été différentes de celles existant avant le dépôt de l'offre, car, d'une part, le prix proposé par la requérante aurait désormais été connu et, d'autre part, les assureurs auraient eu la certitude que le marché serait attribué à Marsh. Ce faisant, le fait d'écarter AIG et la proposition de nouvelles quotes-parts entre les assureurs aurait conduit à un avantage concurrentiel en ce qui concerne Marsh.

140 En troisième lieu, la Commission aurait permis à Marsh de « convertir » son offre présentée illégalement en tant que soumissionnaire unique sans solidarité en offre conjointe avec solidarité. Dans la mesure où les assureurs auraient refusé explicitement toute solidarité et se seraient engagés seulement pour leur partie du contrat, la Commission n'aurait pas pu prendre contact avec Marsh pour demander des « éclaircissements » ou des « corrections » postérieures.

141 En acceptant des documents et des modifications substantielles de l'offre de Marsh après l'ouverture des offres, la Commission aurait violé la règle fondamentale selon laquelle l'attribution d'un marché se fait sur la base des offres déposées dans les délais requis et non sur des éléments postérieurs.

142 La Commission conteste la position de la requérante.

143 En premier lieu, Marsh se serait présentée en tant que courtier soumissionnaire unique et non pas en consortium. Il n'y aurait donc pas eu de « modification du consortium ».

144 En deuxième lieu, les contacts entre la Commission et les soumissionnaires (tant Marsh que la requérante) avant la décision d'attribution du marché auraient été pris dans le plein respect de la réglementation applicable en matière de marchés publics. S'agissant de Marsh, ils auraient consisté en des demandes de compléter les pièces justificatives relatives aux critères de sélection, de corriger des erreurs matérielles détectées et de fournir des éclaircissements sur le respect de certaines obligations découlant du cahier des charges, de manière pleinement conforme à l'article 158, paragraphe 3, et à l'article 160, paragraphe 3, du règlement d'exécution. Aucune modification des termes de l'offre de Marsh – couverture à 100 % des risques prévus dans le cahier des charges et prix de l'offre – n'aurait eu lieu.

145 En troisième lieu, après l'attribution du marché et même après l'envoi pour signature à Marsh de deux exemplaires du projet du contrat, AIG, qui serait à la fois l'un des assureurs ayant initialement donné mandat à Marsh pour le contrat et l'assureur groupé avec la requérante, aurait refusé de signer celui-ci tel qu'il était prévu par le cahier des charges. Mais, contrairement à ce qui serait suggéré par la requérante, aucun assureur n'aurait été « écarté » par la Commission ou par Marsh. Ce serait l'assureur lui-même qui aurait refusé de signer le contrat d'assurance.

146 La Commission relève qu'il appartenait à Marsh, qui avait fait son offre en tant que courtier soumissionnaire unique, d'organiser les modalités pratiques d'exécution du contrat, ainsi que la répartition des rôles entre les différentes sociétés d'assurance en vue de garantir la correcte exécution du contrat, restant entendu que toute modification des termes de son offre était exclue. Aussi Marsh aurait-elle proposé (et la Commission aurait accepté) le remplacement d'AIG par les autres assureurs lui ayant déjà donné mandat et par deux nouveaux assureurs. Le contrat d'assurance aurait ainsi pu être signé le 27 février 2014.

147 À cet égard, il y aurait lieu d'insister sur le fait que le remplacement d'AIG n'aurait pas emporté de modifications des conditions du marché ou des termes de l'offre initiale de Marsh, lesquelles seraient interdites en vertu de l'article 112, paragraphe 1, du règlement financier, attendu que Marsh aurait présenté son offre en tant que soumissionnaire unique, qu'elle aurait satisfait à elle seule aux critères de sélection du marché, que les termes de son offre (couverture à 100 % et prix) n'auraient subi aucune modification et que le contrat signé par elle et les assureurs serait pleinement conforme (et même identique) au projet de contrat inclus dans le cahier des charges.

148 Par ailleurs, il faudrait noter que, même après la signature et l'entrée en vigueur du contrat, le soumissionnaire attributaire du marché serait tenu par l'obligation de l'exécuter conformément à son offre et au cahier des charges. Si l'un des assureurs signataires du contrat se retirerait ou serait défaillant, l'attributaire serait dans l'obligation de proposer à la Commission une alternative n'entraînant aucune modification de son offre et du cahier des charges. La requérante elle-même prévoirait dans son offre le cas de la substitution de l'assureur faisant partie de son groupement, en indiquant que, « [a]u cas où l'assureur serait amené, pour une raison indépendante de notre volonté, à résilier la police, Vanbreda mettra tout en œuvre afin que la couverture puisse être garantie aux conditions convenues initialement ».

149 Dans la duplique, la Commission, en ce qui concerne les arguments selon lesquels elle aurait modifié illégalement l'offre de Marsh sous trois aspects (identité et quotes-parts des assureurs, nature de l'offre), renvoie au mémoire en défense, sous les précisions suivantes. S'agissant du remplacement de l'un des assureurs, il serait intervenu sans modification des termes de l'offre (couverture à 100 %, engagement solidaire des assureurs et prix). S'agissant des quotes-parts, elles relèveraient des rapports internes entre les assureurs ayant donné mandat à Marsh pour l'exécution du contrat et pas du marché lui-même. Quant à la prétendue conversion de l'offre unique sans solidarité en offre conjointe avec solidarité, la Commission renvoie à ses développements au sujet de l'absence de conversion.

150 Aux termes de l'article 112, paragraphe 1, du règlement financier, pendant le déroulement d'une procédure de passation de marchés, les contacts entre le pouvoir adjudicateur et les candidats ou les soumissionnaires ont lieu dans des conditions qui garantissent la transparence et l'égalité de traitement. Ils ne conduisent ni à la modification des conditions du marché, ni à celle des termes de l'offre initiale.

151 Aux termes de l'article 160 du règlement d'exécution, les contacts entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires sont autorisés à titre exceptionnel pendant le déroulement d'une procédure de passation de marché. Après l'ouverture des offres, dans le cas où une offre donne lieu à des demandes d'éclaircissement ou s'il s'agit de corriger des erreurs matérielles manifestes dans la rédaction de l'offre, le pouvoir adjudicateur peut prendre l'initiative d'un contact avec le soumissionnaire, ce contact ne pouvant conduire à une modification des termes de l'offre.

152 En l'espèce, il ressort des éléments examinés dans le cadre de la première branche du moyen unique que les contacts noués entre Marsh et la Commission après l'ouverture des offres ont porté, notamment, sur la condition de solidarité, qui est une condition essentielle du cahier des charges.

153 Ces contacts ont révélé que l'offre de Marsh du 25 octobre 2013 ne comportait, substantiellement, pas l'engagement solidaire prévu au cahier des charges et que, partant, le prix de l'offre de Marsh ne pouvait être considéré comme établi sur des bases conformes aux stipulations du marché.

154 Alors que la Commission aurait dû en tirer immédiatement les conséquences et ne pas attribuer le marché à Marsh, ce d'autant plus que, en l'espèce, l'attribution se faisait à l'offre présentant le prix le plus bas, la Commission a procédé à cette attribution. À la suite du refus d'un assureur d'assumer la solidarité et de signer le contrat d'assurance, cet assureur a été remplacé par deux nouveaux assureurs, les quotes-parts ont été remaniées et le contrat a été finalement signé entre, d'une part, la Commission, d'autre part, Marsh et sept assureurs.

155 La Commission fait référence, pour justifier sa position, à l'obligation de l'attributaire de lui proposer en cas de défaillance ou de retrait d'un des assureurs signataires du contrat une alternative n'entraînant aucune modification de l'offre et du cahier des charges.

156 Il suffit de relever que, en l'espèce, il ne s'agissait pas d'un retrait ou d'une défaillance d'un assureur après la signature du contrat d'assurance, lequel retrait ou laquelle défaillance oblige effectivement, contractuellement, l'attributaire à trouver une solution pour assurer la continuité des prestations contractuelles, mais d'un retrait intervenu avant la signature du contrat, donc soumis aux règles de passation des marchés publics.

157 Il résulte de ce qui précède que les contacts noués entre la Commission et Marsh ont, en substance, abouti à une modification essentielle des termes de l'offre initiale de Marsh, en violation des règles applicables aux marchés public et, en particulier, du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

158 Il convient donc de considérer que le moyen d'annulation, pris en sa deuxième branche, est également fondé.

Conclusion sur la demande en annulation

159 Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que, sans même qu'il soit besoin de se prononcer sur la troisième branche du moyen, tirée de la violation du principe de transparence, il convient de faire droit au présent moyen et, partant, d'annuler la décision attaquée.

Sur la demande en indemnité

160 La requérante indique avoir démontré l'existence de plusieurs illégalités commises par la Commission qui, individuellement ou à tout le moins prises ensemble, sont de nature à constituer une violation suffisamment caractérisée du droit de l'Union.

161 S'agissant du préjudice subi, il consisterait pour la requérante dans la perte d'une chance, voire de la certitude, de remporter le marché ainsi que dans une perte de référence et dans un préjudice moral.

162 La partie requérante considère que ces préjudices peuvent être quantifiés ex aequo et bono à un montant forfaitaire de 1 000 000 euros.

163 En effet, il serait manifeste que, en l'absence de l'irrégularité commise par la Commission dans le cadre de l'attribution du marché, la procédure administrative aurait pu aboutir à un résultat différent. Si la Commission avait rejeté l'offre de Marsh, le marché aurait été attribué à la requérante, car elle aurait été la seule autre entreprise à avoir soumissionné dans ce marché et à avoir déposé une offre conforme au cahier des charges.

164 En outre, il serait incontestable qu'un marché portant sur les contrats d'assurance incendie, les risques connexes du parc immobilier et de son contenu, pour toutes les institutions européennes concernées, constituerait une référence très importante pour des appels d'offres similaires. Au-delà des simples références, les certificats de bonne exécution seraient d'une importance cruciale pour la phase de sélection technique lors d'appels d'offres futurs. De tels certificats auraient d'ailleurs été requis dans la présente procédure d'adjudication. Or, il serait évident que, dans la mesure où le marché ne lui a pas été attribué, la requérante aurait perdu le bénéfice des certificats de bonne exécution relatifs à ce marché couvrant plusieurs institutions européennes.

165 Enfin, le fait que la Commission n'ait pas retenu l'offre de la requérante, bien que celle-ci aurait été la seule offre régulière déposée dans le cadre de la procédure, serait contraire aux attentes légitimes de la requérante de remporter le marché et lui aurait causé un préjudice moral.

166 Dans la réplique, la requérante rappelle qu'elle recherche avant tout l'exécution en nature du marché. Ce ne serait donc que dans la mesure où la requérante n'obtiendrait pas cette exécution jusqu'à l'arrêt du Tribunal qu'elle aurait sollicité une réparation intégrale par équivalent.

167 La requérante maintient avoir amplement déjà prouvé la faute de la Commission. Quant au préjudice, il serait réel et certain. Quant à la possibilité légale de renoncer à la procédure de passation et de recommencer une autre procédure, elle aurait été purement théorique eu égard aux circonstances de l'espèce. La probabilité pour la requérante d'obtenir le contrat aurait été quasi certaine. En termes purement financiers, la valeur de ce contrat sur quatre ans serait de 3 742 000 euros. La requérante maintient avoir subi un préjudice moral du fait de la perte de référence et de prestige. La requérante maintient donc que son préjudice pourrait être fixé à 1 000 000 euros.

168 La Commission conteste avoir commis aucune illégalité. Subsidiairement, elle n'aurait commis aucune violation grave et manifeste des limites mises à son pouvoir d'appréciation. Au contraire, il résulterait clairement des faits de l'espèce qu'elle aurait diligemment tout mis en œuvre, en toute bonne foi, pour garantir que la procédure de marché respectait toutes les règles pertinentes, pour vérifier que les offres reçues étaient pleinement conformes au cahier des charges et pour s'assurer que le nouveau contrat d'assurance entrerait en vigueur à temps en garantissant une couverture à 100 % du pouvoir adjudicateur.

169 S'agissant du dommage, la requérante invoquerait très brièvement la réparation de trois types de dommages qu'elle prétendrait avoir subis. Elle ne démontrerait pas que ces prétendus dommages sont réels et certains.

170 Premièrement, en ce qui concerne la perte de chance de remporter le marché, la requérante n'aurait rien perdu, dans la mesure où son offre n'aurait pas présenté le prix le plus bas et où la Commission n'aurait eu aucune raison d'exclure ou de considérer non conforme l'offre de Marsh.

171 Deuxièmement, en ce qui concerne la perte de référence, il n'y aurait pas de dommage réel et certain. D'une part, l'absence d'une nouvelle référence ne serait pas susceptible à elle seule de changer la capacité de la requérante à participer à des marchés futurs similaires. D'autre part, ce dommage serait hypothétique : la requérante ne pourrait pas prétendre qu'elle aurait certainement obtenu un certificat de bonne exécution contractuelle puisque l'obtention de ce certificat serait liée à l'exécution concrète du contrat et ne pourrait être assurée à l'avance.

172 Troisièmement, la requérante n'identifierait aucun préjudice moral, en se limitant à soutenir que la non-adjudication serait contraire à ses « attentes légitimes ». Au demeurant, le pouvoir adjudicateur n'aurait créé à aucun moment en faveur de la requérante une attente ou une confiance légitime de se voir attribuer le marché.

173 Dans la duplique, la Commission relève que la requérante a obtenu la suspension du contrat et l'organisation d'une procédure négociée à l'issue de laquelle elles ont conclu un contrat ensemble pour un maximum de 18 mois à compter du 17 février 2015. Ces éléments devraient être pris en compte dans le calcul du préjudice.

174 Cela étant, les préjudices allégués ne seraient ni réels, ni certains, ni propres. Ainsi, si le cahier des charges avait été interprété de manière restrictive ou si l'offre de Marsh devait être considérée comme conjointe, l'offre de la requérante n'aurait pas pu être considérée comme valide.

175 Par ailleurs, la Commission aurait parfaitement pu renoncer à la procédure de marché litigieuse.

176 Quant au montant du préjudice allégué, la Commission le conteste. Le manque à gagner allégué ne serait pas celui de la requérante, simple courtier agissant pour son propre compte.

177 Concernant le préjudice moral découlant du caractère prétendument exceptionnel du marché, la Commission conteste ce caractère exceptionnel.

178 En vertu de l'article 340, deuxième alinéa, TFUE, en matière de responsabilité non contractuelle, l'Union doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions.

179 Selon une jurisprudence constante, l'engagement de la responsabilité non contractuelle de l'Union, au sens de la disposition susmentionnée, pour comportement illicite de ses organes est subordonné à la réunion d'un ensemble de conditions, à savoir l'illégalité du comportement reproché à l'institution ou l'organe de l'Union concerné, la réalité du dommage et l'existence d'un lien de causalité entre le comportement allégué et le préjudice invoqué (arrêts du 29 septembre 1982, Oleifici Mediterranei/CEE, 26/81, Rec, EU:C:1982:318, point 16 ; du 9 septembre 2008, FIAMM e.a./Conseil et Commission, C-120/06 P et C-121/06 P, Rec, EU:C:2008:476, points 106 et 164 à 166 ; du 9 septembre 2010, Evropaïki Dynamiki/Commission, T-300/07, Rec, EU:T:2010:372, point 137, et du 16 octobre 2014, Evropaïki Dynamiki/Commission, T-297/12, EU:T:2014:888, point 28). En outre, s'agissant de la condition relative au comportement illégal, la jurisprudence exige que soit établie une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers. Le critère décisif permettant de considérer qu'une violation est suffisamment caractérisée consiste en la méconnaissance manifeste et grave, par l'institution ou l'organe de l'Union concerné, des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation (voir, en ce sens, arrêts du 4 juillet 2000, Bergaderm et Goupil/Commission, C-352/98 P, Rec, EU:C:2000:361, points 42 à 44 ; du 10 décembre 2002,

Commission/Camar et Tico, C-312/00 P, Rec, EU:C:2002:736, point 54 ; AFCon Management Consultants e.a./Commission, point 65 supra, EU:T:2005:107, point 93, et Evropaïki Dynamiki/Commission, précité, EU:T:2014:888, point 29).

180 S'agissant de la condition d'engagement de la responsabilité relative à l'illégalité, il convient de relever qu'il a été constaté, notamment, une violation par la Commission de l'égalité de traitement des soumissionnaires. En violant le principe d'égalité de traitement, dont le respect est essentiel à la légalité des procédures de marchés publics, la Commission a enfreint une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers (voir, en ce sens, arrêts AFCon Management Consultants e.a./Commission, point 65 supra, EU:T:2005:107, point 91, et du 2 mars 2010, Arcelor/Parlement et Conseil, T-16/04, Rec, EU:T:2010:54, point 134).

181 Il convient, en outre, de relever qu'il s'agit, en l'espèce, d'une violation suffisamment caractérisée. En effet, en menant à terme la procédure de marché public avec Marsh dans les conditions décrites, notamment, aux points 102 à 128 et 151 à 156 ci-dessus, la Commission a méconnu de manière manifeste et grave les limites qui s'imposaient à son pouvoir d'appréciation.

182 S'agissant des conditions d'engagement de la responsabilité relatives à l'existence d'un préjudice et à celle d'un lien de causalité entre la faute et le dommage, la Commission fait valoir, s'agissant plus particulièrement du lien de causalité, que, si le cahier des charges avait été interprété de manière restrictive ou si l'offre de Marsh devait être considérée comme une offre conjointe, l'offre de la requérante n'aurait pas pu être considérée comme valide.

183 Cette argumentation comporte deux aspects.

184 Premièrement, par cette argumentation la Commission soutient que la lecture non restrictive de l'appel d'offres qu'elle défend et selon laquelle une offre déposée par un courtier soumissionnaire unique était acceptable aurait également bénéficié à la requérante dont l'offre, à défaut de cette approche non restrictive, n'aurait prétendument pas pu être considérée comme valide. Ainsi, selon la Commission, l'appel d'offres, dans une interprétation restrictive que défendrait la requérante, aurait de toute manière exclu l'offre de cette dernière. Il ne pourrait donc y avoir de lien de causalité entre la faute de la Commission, laquelle aurait en réalité servi les intérêts de la requérante, et le rejet de l'offre de cette dernière.

185 Cette objection doit être rejetée.

186 En effet, autant (ainsi que cela a été constaté dans le cadre de l'examen de la première branche du moyen unique d'annulation) les termes et l'économie de l'appel d'offres excluaient le dépôt d'une offre par un courtier soumissionnaire unique, autant ces termes et économie ne s'opposaient nullement au dépôt d'une offre conjointe par un groupement composé d'un courtier et d'un seul assureur.

187 Certes, il était possible d'envisager qu'une offre conjointe, spécialement dans le contexte – comme en l'espèce – de la couverture de gros risques, serait plus susceptible d'intéresser plusieurs assureurs joignant leurs forces autour d'un courtier, plutôt qu'un seul assureur représenté par un courtier. Mais si cette circonstance peut éventuellement expliquer le recours fréquent au pluriel (« les assureurs ») dans les documents de l'appel d'offres, elle n'est pour autant pas susceptible de justifier l'exclusion d'une soumission par un groupement composé d'un courtier et d'un seul assureur.

188 En outre, la soumission d'une offre par un tel groupement n'est pas contraire à l'économie du système mis en place par l'appel d'offres. Il est, en effet, clair qu'en cas d'offre conjointe, que ce soit par un ou par plusieurs assureurs représentés par un courtier, l'information à fournir dans le cadre de l'appel d'offres porte sur chaque membre du groupement, à la différence notable de l'offre déposée par un courtier soumissionnaire unique.

189 Plus encore, il y a lieu de considérer qu'une lecture du cahier des charges qui exclurait le dépôt d'une offre conjointe par un groupement composé d'un assureur représenté par un courtier, alors que sont admis les dépôts d'une offre par un assureur soumissionnaire unique ou d'une offre conjointe par un groupement composé de deux assureurs représentés par un courtier, serait contraire, en l'absence de toute justification objective, au principe d'égalité de traitement.

190 La Commission explique dans la duplique que, lors de la rédaction du cahier des charges, elle s'attendait à recevoir des offres d'un assureur seul, ou de plusieurs assureurs agissant en consortium et représentés, ou non, par un apériteur ou un courtier. Cependant, elle ne justifie pas, et encore moins de manière convaincante, en quoi le dépôt d'une offre conjointe par un assureur et un courtier aurait excédé les prévisions de l'appel d'offres.

191 Enfin et à titre surabondant, il convient de relever que, dans le contexte d'offres conjointes, l'article 5.1, troisième alinéa, des spécifications techniques, relatif à la signature du contrat d'assurance, dispose que « dans les cas de soumission par plusieurs assureurs solidaires, agissant en consortium, représenté(s) par un courtier, en cas d'attribution, le contrat sera signé conjointement par chaque assureur et le courtier ». Cette disposition poursuit en indiquant que, « dans cette hypothèse, le ou les assureurs s'engagent également à garantir que le pouvoir adjudicateur sera pleinement assuré (couverture à 100 %) sans interruption pour toute la durée du contrat » et que « [le] courtier sera rémunéré directement par le ou les assureurs. » Par ailleurs, les spécifications techniques définissent le « contractant » comme « la compagnie ou l'entreprise d'assurance auprès de laquelle le contrat est souscrit et désignée à cet effet aux conditions particulières ».

192 Ces recours au singulier (« le ou les assureurs », « la compagnie ou l'entreprise d'assurance ») corroborent les considérations, déjà suffisantes, exposées aux points 185 à 190 ci-dessus, selon lesquelles l'appel d'offres n'excluait pas le dépôt d'une offre conjointe par un groupement composé d'un courtier et d'un seul assureur.

193 Deuxièmement, l'argumentation présentée au point 182 ci-dessus postule que, si l'offre de Marsh devait être considérée comme une offre conjointe, alors l'offre de la requérante n'aurait pas pu être considérée comme valide, car un même assureur (AIG) aurait été présent en même temps dans deux offres.

194 Indépendamment du fait qu'il n'est nullement établi que l'hypothèse envisagée par la Commission aurait impliqué automatiquement, dans les circonstances de l'espèce, les conséquences alléguées (voir, en ce sens et par analogie, arrêts du 19 mai 2009, Assitur, C-538/07, Rec, EU:C:2009:317, point 30 ; du 23 décembre 2009, Serrantoni et Consorzio stabile edili, C-376/08, Rec, EU:C:2009:808, points 38 à 42 et 46 et dispositif, et du 13 décembre 2012, Forposta et ABC Direct Contact, C-465/11, Rec, EU:C:2012:801, point 14), force est de constater que cette hypothèse ne correspond pas à la réalité. En effet, l'offre de Marsh n'est pas une offre conjointe, mais l'offre d'un courtier soumissionnaire unique, non conforme de ce fait au cahier des charges et qui aurait dû, à ce titre et pour les raisons exposées dans le cadre de l'examen de la première branche du moyen d'annulation, être déclarée non valide par la Commission. L'argument de la Commission doit donc être rejeté.

195 Au-delà de ce qui précède, la Commission fait valoir que les préjudices allégués ne sont ni réels, ni certains, ni propres à la requérante et, subsidiairement, que la suspension du contrat de Marsh et l'octroi à la requérante du contrat de remplacement devraient être pris en considération.

196 En premier lieu, s'agissant de la perte de chance d'obtenir le marché allégué, il convient de relever que l'offre de la requérante avait été déclarée conforme par la Commission, qu'elle était la seule offre en dehors de celle de Marsh et qu'elle a été écartée au profit de l'offre de Marsh en raison de ce que cette dernière comportait le prix le plus bas.

197 Il s'ensuit que, si l'offre de Marsh avait été déclarée non conforme en ce qu'elle émanait, contrairement aux exigences de l'appel d'offres, d'un courtier soumissionnaire unique, ou encore si cette offre avait été déclarée non conforme en ce qu'elle ne comportait pas la solidarité des assureurs proposés, la requérante aurait été en très bonne position pour obtenir le marché.

198 La Commission n'en disconvient d'ailleurs pas sérieusement. Elle se limite à prétendre à nouveau n'avoir pas commis d'illégalité, à se prévaloir des arguments déjà réfutés aux points 184 à 194 ci-dessus et à rappeler qu'elle aurait pu, en tout état de cause, renoncer à la procédure de marché litigieuse et lancer une nouvelle procédure, avec pour conséquence que la requérante n'aurait eu aucune certitude d'obtenir le marché litigieux.

199 Sur ce dernier point, il convient de relever que, s'il est vrai que le pouvoir adjudicateur peut toujours, jusqu'à la signature du contrat, soit renoncer au marché, soit annuler la procédure de passation du marché, sans que les candidats ou les soumissionnaires puissent prétendre à une quelconque indemnisation (article 114 du règlement financier), il n'en reste pas moins que ces hypothèses de renonciation au marché ou d'annulation de la procédure ne se sont précisément pas matérialisées et que, dans les circonstances de l'espèce, les chances de la requérante d'obtenir le marché étaient, hors les illégalités commises par la Commission, très élevées.

200 Eu égard à l'ensemble des circonstances de l'espèce, il semble possible d'évaluer les chances qu'avait la requérante de conclure le marché, hors les illégalités commises par la Commission, à 90 %.

201 Dans son recours, la requérante estime que son préjudice global, tenant compte de la perte de chance, d'une perte de références et d'un préjudice moral, peut être évalué ex aequo et bono à un montant de 1 000 000 euros.

202 La requérante ne pratique pas de ventilation de ce montant parmi les trois chefs de préjudice revendiqués, mais elle mentionne, comme valeur de référence, celle du contrat manqué, soit 3 742 300 euros, en expliquant que cette valeur est le prix annuel figurant dans l'offre (935 574 euros/an) multiplié par les quatre années du contrat. La requérante souligne l'importance de son préjudice moral au regard de l'importance du marché en valeur (« plusieurs millions ») et en durée (quatre ans).

203 La Commission, partant de la prémisse que le montant réclamé serait calculé en référence à la valeur annuelle du marché, fait valoir que ce montant, proche de cette valeur annuelle, inclut nécessairement la rémunération d'AIG et qu'il ne correspond donc que pour une partie limitée à la rémunération de la requérante. La Commission conteste donc ce montant, en faisant valoir que, dans le présent recours, la requérante n'agit que pour elle-même et ne peut donc réclamer réparation que de son propre préjudice.

204 La Commission conteste, en outre, le préjudice déduit d'une perte de références. Selon la Commission, l'absence d'une nouvelle référence ne serait pas susceptible, à elle seule, de changer la capacité de la requérante de participer à des marchés ultérieurs similaires. Quant à la perte de certificats de bonne exécution, elle dépendrait par définition d'une bonne exécution du contrat. Quant au préjudice moral allégué, il ne serait pas réel et certain.

205 Tout d'abord, il convient de relever que la prémisse sur laquelle la Commission fonde sa première objection, évoquée au point 203 ci-dessus, est contredite par les éléments du dossier déposé devant le Tribunal. Il ressort, en effet, des mémoires de la requérante que le montant réclamé est calculé non pas en référence à la valeur annuelle du marché, mais en référence à la valeur totale du marché, pour quatre années. Cela découle clairement du lien opéré par la requérante entre le montant réclamé et cette dernière valeur ainsi que de la référence faite au marché comme comportant une durée de quatre ans et comme représentant plusieurs millions d'euros (voir point 202 ci-dessus).

206 Par suite, et dès lors que ce montant réclamé ne correspond qu'à un peu plus d'un quart de la valeur du marché sur quatre ans et que la requérante se prévaut, par ailleurs, de la perte d'une chance quasi certaine d'obtenir le marché, ce montant réclamé ne peut correspondre, logiquement, qu'aux dommages que cette partie prétend avoir subi elle-même. Dans le cas inverse, la requérante, qui estime avoir perdu une chance quasi certaine d'obtenir le marché, aurait logiquement demandé, pour elle-même et pour l'assureur, un montant de dommages et intérêts beaucoup plus élevé, en rapport avec la valeur du marché sur quatre ans.

207 S'agissant, ensuite, de la question de savoir si c'est à juste titre que la requérante a fait référence aux quatre années du marché pour calculer son préjudice, il convient de relever que l'avis de marché indiquait que la durée du marché était de 48 mois (point II.3 de l'avis de marché, point 4 du lot n° 1). Dans le même sens, il était stipulé que l'avis du marché suivant serait publié 36 mois après l'attribution (point VI.1 de l'avis de marché). Quant au projet de contrat de services annexé à l'invitation à soumissionner, il indiquait que « [l]e contrat est conclu pour une durée de 12 mois » (article I.2.3 du projet de contrat) et qu'« [il] est reconduit tacitement trois fois au maximum, chaque fois pour une durée d'exécution de 12 mois […], sauf si le pouvoir adjudicateur informe le contractant de son intention de ne pas reconduire le contrat et si cette notification [intervient] 6 mois avant l'achèvement des tâches de la période précédente » (article I.2.4 du projet de contrat). Par ailleurs, le projet de contrat abordait la révision des prix et de la prime annuelle en évoquant la « première année d'exécution du contrat », la « deuxième année d'exécution du contrat » et « chaque année d'exécution du contrat » (article I.3.2 du projet de contrat). Les spécifications techniques faisaient de même (voir point 9.2 des spécifications techniques).

208 Il résulte d'une lecture combinée de ces dispositions que c'est à juste titre que, dans son recours, la requérante a fait référence à la durée complète du marché pour fonder sa demande d'indemnité, s'agissant d'un marché de quatre ans comportant tout au plus une faculté de non-reconduction annuelle, ouverte au seul pouvoir adjudicateur et sous certaines conditions procédurales strictes. Pour autant, il conviendrait néanmoins de tenir compte, dans la détermination de l'indemnité, de l'aléa résultant de cette faculté de non-reconduction annuelle.

209 Par ailleurs, il convient de relever qu'il ne ressort pas des mémoires de la requérante que celle-ci a pris en compte, en réduction de sa demande d'indemnité, les charges d'exécution du contrat qu'elle aurait encourues si elle avait remporté le marché. Or, il est impossible, sur la base des éléments du dossier, de déterminer ces charges. De plus, si les termes du recours justifient de conclure que la requérante ne demande que la réparation de ses propres dommages, le dossier ne comporte pour autant aucun élément permettant de vérifier la part de la requérante dans la valeur totale du marché.

210 En outre, il faut également noter que, si la requérante a bien perdu en 2014 une chance d'obtenir un marché quadriennal, elle n'en n'a pas moins, le 17 février 2015, soit environ onze mois et deux semaines après l'entrée en vigueur du contrat litigieux, obtenu le marché d'assurance objet de la procédure négociée engagée par la Commission à la suite de l'ordonnance Vanbreda Risk & Benefits/Commission, point 33 supra (EU:T:2014:1024). Il convient également de relever, à l'instar de la requérante, que ce dernier contrat a été conclu pour une durée maximale de 18 mois, soit jusqu'au 17 août 2016, tandis que le contrat objet du présent litige aurait normalement expiré en mars 2018.

211 Ces circonstances sont, elles aussi, de nature à influer sur le montant du dommage subi par la requérante, celle-ci indiquant d'ailleurs elle-même, dans ses mémoires, que sa demande de réparation par équivalent n'a lieu d'être que si elle n'obtient pas l'exécution en nature de sa demande et que, si elle obtient avec retard une telle exécution, le préjudice devra être calculé en fonction de ce retard.

212 Il résulte de ce qui précède que, si, s'agissant de la perte de chance d'obtenir le marché, l'existence d'un dommage indemnisable est suffisamment prouvée dans son principe, le quantum de ce dommage n'est pas suffisamment déterminable, en l'état, pour permettre au Tribunal soit de se prononcer sur la base du montant réclamé par la requérante, soit de fixer un autre montant.

213 En deuxième lieu, s'agissant de la perte de références, qui englobe selon la requérante la perte de certificats de bonne exécution, il convient, d'emblée, d'écarter ce dernier chef de préjudice en ce qu'il vise de tels certificats. En effet, la délivrance de ces documents ne dépend pas de l'octroi du marché, mais de la circonstance future et hypothétique d'une bonne exécution de ce marché.

214 En revanche, s'agissant des références d'octroi du marché elles-mêmes, lesquelles auraient de facto découlé de l'obtention par la requérante du marché, il est indéniable que la requérante a, dans les mêmes proportions que sa perte de chance d'obtenir le marché, perdu une chance d'en disposer. Mais, là encore, le Tribunal ne dispose pas d'élément suffisant pour déterminer, au sein du montant réclamé par la requérante, ce qui relève de la perte de chance d'obtenir le marché et ce qui relève de la perte de chance d'obtenir des références.

215 En troisième lieu, s'agissant du préjudice moral qui résulterait du fait que la Commission aurait, en violation des attentes légitimes de la requérante qui aurait déposé la seule offre régulière, octroyé le marché à un tiers, la Commission fait valoir que la requérante se contente d'invoquer l'illégalité de son comportement et qu'elle n'aurait eu, à aucun moment, une attente ou une confiance légitime de se voir attribuer le marché. Dans la réplique, la requérante ne répond pas à cette dernière considération, mais assimile son préjudice moral à une perte de référence et de prestige.

216 Il convient de relever que la Commission n'a, à aucun moment, conféré à la requérante une confiance ou une attente légitime relative à l'obtention du contrat. Quant à un préjudice moral qui résulterait de l'illégalité de la décision attaquée, il est de jurisprudence constante qu'un tel préjudice est en principe suffisamment réparé par la constatation par le juge de ladite illégalité (voir, en ce sens, arrêt du 6 juin 2006, Girardot/Commission, T-10/02, RecFP, EU:T:2006:148, point 131). Quant au préjudice moral allégué qui résulterait d'une perte de références et de prestige, il se confond pour partie avec la perte de références déjà examinée plus haut et, s'agissant de la perte de prestige, ne présente pas un caractère réel et certain.

217 Compte tenu des considérations qui précèdent, desquelles il ressort que le Tribunal, tout en pouvant déterminer un certain nombre de points s'agissant de la demande en indemnité, ne dispose pas d'éléments suffisants pour confirmer le montant réclamé ou chiffrer lui-même le montant du préjudice subi, il convient d'accueillir la demande indemnitaire de la requérante dans la mesure où elle vise la réparation de la perte d'une chance de se voir attribuer le marché en litige et d'obtenir les références d'octroi du marché correspondantes, et de la rejeter pour le surplus. S'agissant du montant indemnisable au titre de la perte d'une chance, il convient d'inviter les parties, sous réserve d'une décision ultérieure du Tribunal, à se mettre d'accord sur ce montant à la lumière des motifs du présent arrêt et à lui transmettre, dans un délai de six mois à compter de la date du prononcé du présent arrêt, le montant à payer, établi d'un commun accord, ou, à défaut, à lui faire parvenir, dans le même délai, leurs conclusions chiffrées, assorties des justifications nécessaires pour permettre au Tribunal d'en apprécier le bien-fondé.

Sur les dépens

218 La décision sur les dépens est réservée.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (sixième chambre)

déclare et arrête :

1) **La décision du 30 janvier 2014 par laquelle la Commission européenne a rejeté l'offre présentée par Vanbreda Risk & Benefits pour le lot nº 1 dans le cadre de l'appel d'offres OIB.DR.2/PO/2013/062/591, relatif à l'assurance de biens et de personnes (JO 2013/S 155-269617), et a attribué ce lot à une autre société est annulée.**

2) **L'Union européenne est tenue de réparer le préjudice subi par Vanbreda Risk & Benefits au titre de la perte d'une chance de se voir attribuer le marché susmentionné et d'obtenir les références d'octroi du marché correspondantes.**

3) **La demande indemnitaire est rejetée pour le surplus.**

4) **Les parties transmettront au Tribunal, dans un délai de six mois à compter du prononcé du présent arrêt, le montant, établi d'un commun accord, des indemnités dues au titre de la réparation de ce préjudice.**

5) **À défaut d'accord, les parties feront parvenir au Tribunal, dans le même délai, leurs conclusions chiffrées.**

6) **Les dépens sont réservés.**

Frimodt Nielsen Dehousse Collins

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 29 octobre 2015.

Signatures

Table des matières

Antécédents du litige 1

Procédure et nouveaux développements en cours d'instance 4

En droit 6

Sur la demande en annulation 6

Sur la première branche du moyen, tirée de la violation du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, de l'article 111, paragraphe 5, et de l'article 113, paragraphe 1, du règlement financier, de l'article 146, paragraphes 1 et 2, de l'article 149, paragraphe 1, et de l'article 158, paragraphes 1 et 3, du règlement d'exécution ainsi que du cahier des charges 6

– Sur la recevabilité de certains arguments soulevés dans la réplique 9

– Sur l'illégalité de la participation de Marsh à l'appel d'offres en tant que courtier soumissionnaire unique 9

– Sur la violation de l'égalité de traitement à l'occasion des échanges entre la Commission et Marsh postérieurement à l'ouverture des offres 14

Sur la deuxième branche du moyen, tirée de la violation du principe d'égalité de traitement en raison de la modification de l'offre de Marsh postérieurement à l'ouverture des offres 21

Conclusion sur la demande en annulation 23

Sur la demande en indemnité 24

Sur les dépens 30