ARREST VAN HET GERECHT (Zesde kamer)

29 oktober 2015 *

„Overheidsopdrachten voor dienstverlening — Aanbestedingsprocedure — Verrichten van diensten bestaande in de verzekering van goederen en personen — Afwijzing van de offerte van een inschrijver — Gunning van de opdracht aan een andere inschrijver — Gelijke behandeling — Voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel die particulieren rechten toekent — Niet-contractuele aansprakelijkheid — Verlies van kans — Interlocutoir arrest”

In zaak T-199/14,

Vanbreda Risk & Benefits, gevestigd te Antwerpen (België), aanvankelijk vertegenwoordigd door P. Teerlinck en P. de Bandt, vervolgens door P. Teerlinck, P. de Bandt en M. Gherghinaru, advocaten,

verzoekster,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door S. Delaude en L. Cappelletti als gemachtigden,

verweerster,

betreffende, in de eerste plaats, een verzoek tot nietigverklaring van het besluit van de Commissie van 30 januari 2014 waarbij de Commissie de offerte die verzoekster had ingediend voor perceel nr. 1 in het kader van aanbesteding OIB.DR.2/PO/2013/062/591 betreffende de verzekering van goederen en personen (PB 2013/S 155-269617) heeft afgewezen en de opdracht aan een andere vennootschap heeft gegund en, in de tweede plaats, een vordering tot schadevergoeding,

wijst

HET GERECHT (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: S. Frimodt Nielsen, president, F. Dehousse (rapporteur) en A. M. Collins, rechters,

griffier: S. Bukšek-Tomac, administrateur,

na de terechtzitting op 3 juni 2015,

het navolgende

* Procestaal: Frans.

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1 Op 10 augustus 2013 heeft de Europese Commissie in het supplement op het *Publicatieblad van de Europese Unie* (PB 2013, S 155-269617) onder refertenummer OIB.DR.2/PO/2013/062/591 een openbare aanbesteding betreffende de verzekering van goederen en personen, onderverdeeld in vier percelen, aangekondigd.

2 Perceel nr. 1, waarop de onderhavige zaak enkel betrekking heeft, betrof de verzekering – met ingang van 1 maart 2014 – van onroerende goederen en de inhoud ervan, waarbij het contract zou worden gesloten in naam van de Commissie en verschillende andere instellingen en organen van de Europese Unie.

3 Met betrekking tot perceel nr. 1 bevatten de aanbestedingsdocumenten, behalve de aankondiging van de opdracht, een bestek bestaande uit de uitnodiging tot inschrijving, waaraan als bijlagen waren toegevoegd de technische specificaties (bijlage I), de lijst van de gebouwen (bijlage I.1), de statistieken betreffende de schadegevallen (bijlage I.2), de staat van de financiële inlichtingen (bijlage II), het model van het dienstencontract (bijlage III) en de „Vragenlijst ‚Identificatie – Uitsluiting – Selectie'" (bijlage IV) (hierna: „IUS-vragenlijst").

4 Ingevolge de aanbesteding ging het om een openbare procedure met gunning van de opdracht aan degene die onder de deugdelijke en overeenkomstig de vraag ingediende offertes als laagste heeft ingeschreven (artikel 3.4.3 van de uitnodiging tot inschrijving; punt 12 van de technische specificaties).

5 De kwestie van de hoofdelijke verbondenheid, in geval van betrokkenheid van verschillende verzekeraars bij de uitvoering van de opdracht, kwam als volgt aan bod.

6 Ingevolge de aankondiging van de opdracht moesten, in geval van een gunning van de opdracht aan een combinatie van ondernemers, alle leden van de combinatie „hoofdelijk verbonden zijn bij de uitvoering van de opdracht" (punt III.1.3 van de aankondiging van de opdracht).

7 Artikel 5.1 van de technische specificaties bepaalde het volgende:

„In geval van een inschrijving door verschillende hoofdelijk verbonden verzekeraars die als consortium optreden of door een consortium van verschillende verzekeraars, welke worden vertegenwoordigd door een gezamenlijke eerste verzekeraar, moet bij gunning het contract door elke verzekeraar worden ondertekend. In een dergelijk geval garandeert de inschrijver dat de aanbestedende dienst zonder onderbreking gedurende de gehele looptijd van het contract volledig verzekerd (100 %-dekking) is [...].

In geval van een inschrijving door verschillende hoofdelijk verbonden verzekeraars die als consortium optreden en worden vertegenwoordigd door een makelaar, moet bij gunning het contract door elke verzekeraar en de makelaar gezamenlijk worden ondertekend. In een dergelijk geval garandeert/garanderen de inschrijver/inschrijvers eveneens dat de aanbestedende dienst zonder onderbreking gedurende de gehele looptijd van het contract volledig verzekerd (100 %-dekking) is [...]".

8 In het model van het dienstencontract werd het deel dat was gewijd aan de identificatie van de ondertekenaars van het contract gevolgd door de vermelding: „De hiervoor genoemde en hierna tezamen als ‚de contractant' aangeduide partijen zijn jegens de aanbestedende dienst hoofdelijk verbonden voor de uitvoering van de opdracht".

9 Volgens de uitnodiging tot inschrijving diende elke offerte vergezeld te gaan van de door de inschrijver naar behoren ingevulde IUS-vragenlijst (punt 2.1.2, achtste streepje, van de uitnodiging tot inschrijving). Deze IUS-vragenlijst maakte in punt 1 ervan (formulier inzake de identificatie van de inschrijver) een onderscheid naargelang de inschrijver handelde „als lid [van een] combinatie" of als „één inschrijver".

10 De IUS-vragenlijst bevatte in punt 3 ervan een „vragenlijst betreffende de gezamenlijke offertes" die „enkel in geval van een gezamenlijke offerte [moest] worden ingevuld".

11 De vragen 5 en 5.1. van deze vragenlijst bepaalden dat „in geval van een gezamenlijke offerte een overeenkomst/volmacht, opgesteld overeenkomstig een hierna opgenomen model en ondertekend door de wettelijke vertegenwoordigers van alle deelnemers aan de gezamenlijke offerte, [moest] worden overgelegd die onder andere de hoofdelijke verbondenheid van alle deelnemers aan de gezamenlijke offerte voor de uitvoering van de opdracht vastlegt".

12 Deze overeenkomst/volmacht bepaalde dat „alle leden van de combinatie als medeondertekenaars van het contract hoofdelijk verbonden zijn jegens de aanbestedende dienst voor de uitvoering van het contract" en dat deze leden allemaal gehouden zijn „de voorwaarden van het contract in acht te nemen en erop toe te zien dat hun respectieve deel van de diensten, zoals opgenomen in het bestek en de offerte van de contractant, goed wordt uitgevoerd".

13 Op 31 oktober 2013, bij de opening van de offertes, heeft de openingscommissie de ontvangst bevestigd van twee offertes voor perceel nr. 1. Een offerte was afkomstig van verzoekster, te weten Vanbreda Risk & Benefits, en de andere offerte van de vennootschap Marsh.

14 Bij brief van 8 november 2013 heeft verzoekster de aandacht van de Commissie gevestigd op het belang, voor de vraag of een offerte voldoet aan de aanbestedingsvoorwaarden, van „ondertekende documenten, waaruit volgt dat, in geval van een inschrijving met verschillende verzekeraars, deze zich zonder enige beperking hoofdelijk verbinden". Verzoekster had namelijk kennis gekregen van het feit dat AIG Europe Limited (hierna: „AIG"), die deelnam aan het consortium van Marsh, principieel gekant was tegen hoofdelijke verbondenheid en dat het daarom nagenoeg zeker was dat de offerte van laatstgenoemde niet voldeed aan de formele en materiële voorwaarden van het bestek.

15 Bij brief van 4 december 2013 heeft de Commissie dienaangaande geantwoord geen inlichtingen te kunnen verschaffen, aangezien de beoordeling van de offertes nog gaande was.

16 In de notulen van de beoordeling van de offertes van 13 januari 2014 heeft het beoordelingscomité voor offertes vastgelegd dat de offertes van verzoekster en Marsh in aanmerking kwamen voor de financiële waardering en werd de offerte van Marsh met een jaarlijkse prijs van 771 076,03 EUR als eerste geklasseerd en de offerte van verzoekster, met een jaarlijkse prijs van 935 573,58 EUR als tweede. Het beoordelingscomité heeft daarom voorgesteld perceel nr. 1 aan Marsh te gunnen.

17 Bij besluit van 28 januari 2014 heeft de Commissie de opdracht aan Marsh gegund.

18 Bij brief van 30 januari 2014 (hierna: „bestreden besluit") heeft de Commissie verzoekster ervan in kennis gesteld dat haar offerte voor perceel nr. 1 niet was aanvaard, omdat zij niet de laagste prijs had geoffreerd.

19 Bij e-mail van 31 januari 2014 en brief van 3 februari 2014 heeft verzoekster de Commissie verzocht om inzage in het volledige gunningsrapport en de overlegging van kopieën van de ondertekende documenten ten bewijze dat, in geval van inschrijving met verschillende verzekeraars, overeenkomstig het bestek sprake was van onbeperkte hoofdelijke verbondenheid van deze verzekeraars. Verzoekster wees erop dat deze voorwaarde stond vermeld op pagina 8 van bijlage IV bij de uitnodiging tot inschrijving.

20 Bij brief van 7 februari 2014 heeft verzoekster haar verzoeken herhaald en de vrees geuit dat de offerte van Marsh niet voldeed aan het bestek, op grond dat ten minste één van de offrerende partijen het voorgeschreven model van de overeenkomst/volmacht niet zou hebben ondertekend. Dit zou evenwel een wezenlijk element van het contract zijn en zelf zou zij een verzekering hebben geoffreerd die volledig beantwoordde aan het bestek, inclusief het wezenlijke punt van de hoofdelijke verbondenheid. Enkel offertes van één verzekeraar (die het risico voor 100 % dekt) en offertes van verschillende verzekeraars die bij de indiening van de offerte gezamenlijk hun hoofdelijke verbondenheid hebben verklaard, zouden voldoen aan het bestek. Verzoekster heeft de Commissie verzocht op grond hiervan haar besluit om de opdracht aan Marsh te gunnen te herzien en de ondertekening van het contract op te schorten.

21 Bij brief van 7 februari 2014 heeft de Commissie in antwoord op de e-mail van 31 januari 2014 verzoekster laten weten haar, overeenkomstig de geldende voorschriften, enkel in kennis te kunnen stellen van „de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte en van de naam van de inschrijver aan wie de opdracht werd gegund". In dit verband heeft de Commissie erop gewezen dat perceel nr. 1 was gegund aan de offerte die met inachtneming van het bestek de laagste prijs bood, dat wil zeggen de door Marsh ingediende offerte.

22 Bij brief van 11 februari 2014 heeft verzoekster haar ongenoegen geuit over dit antwoord dat de gestelde vragen open zou laten en opnieuw verzocht om de reeds eerder door haar schriftelijk gevraagde toegang tot de documenten.

23 Bij brief en e-mail van 21 februari 2014 heeft verzoekster blijk gegeven van haar overtuiging dat de Commissie – vanaf de datum van de indiening van de offertes – niet beschikt over de overeenkomst/volmacht voor elke aan de offerte van Marsh deelnemende verzekeraar, zodat deze offerte niet voldoet aan het bestek en moet worden afgewezen. Verzoekster heeft de Commissie verzocht haar besluit om de opdracht aan Marsh te gunnen te herzien en de ondertekening van het contract op te schorten.

24 Bij schrijven van dezelfde dag heeft de Commissie geantwoord dat de punten die ten grondslag lagen aan de bezorgdheid van verzoekster gedurende de gehele fase van de beoordeling van de offertes naar behoren zijn geanalyseerd, dat deze offertes in overeenstemming met het bestek zijn bevonden en dat, bijgevolg, de opdracht is gegund aan de inschrijver met de laagste prijs. De Commissie heeft geen van de door verzoekster gevraagde documenten toegestuurd.

25 Na twee nieuwe e-mails van 25 en 28 februari 2014 heeft verzoekster op 14 maart 2014 de Commissie verzocht om toegang tot de documenten krachtens verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (PB L 145, blz. 331).

Procedure en nieuwe ontwikkelingen in de loop van het geding

26 Bij verzoekschriften, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 28 maart 2014, heeft verzoekster het onderhavige beroep tot nietigverklaring van het bestreden besluit en tot schadevergoeding ingesteld, alsmede een verzoek in kort geding ingediend strekkende tot opschorting van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit en overlegging van de documenten door de Commissie.

27 Op 3 april 2014 heeft de president van het Gerecht in het kader van de kortgedingprocedure de opschorting van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit en van de met Marsh en de verzekeraars gesloten dienstenovereenkomst bevolen en de overlegging van de documenten in de kortgedingprocedure gelast.

28 Bij beschikking van 10 april 2014 heeft de president van het Gerecht – na opmerkingen van de Commissie in het kader van de kortgedingprocedure – met terugwerkende kracht vanaf 3 april 2014 punt 1 van het dictum van de beschikking van 3 april 2014 ter zake van de opschorting van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit en van de met Marsh en de verzekeraars gesloten overeenkomst uitgesteld.

29 Bij beschikking van 30 juli 2014, Vanbreda/Commissie (T-199/14, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie), gegeven in het onderhavige beroep, heeft het Gerecht de Commissie gelast om bepaalde documenten over te leggen die, volgens laatstgenoemde, vertrouwelijke informatie bevatten, en overeenkomstig artikel 67, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht van 2 mei 1991 bepaald dat deze documenten in dit stadium niet aan verzoekster worden medegedeeld.

30 Nadat de Commissie bij brief van 8 augustus 2014 de gevraagde documenten had overgelegd, heeft het Gerecht de Commissie op 11 september 2014 door middel van een tot haar gerichte maatregel tot organisatie van de procesgang verzocht om bepaalde versies van een aantal van deze documenten over te leggen en de volgens de Commissie vertrouwelijke gedeelten zwart te maken.

31 De Commissie heeft bij brief van 29 september 2014 gehoor gegeven aan dit verzoek.

32 Nadat verzoekster te kennen had gegeven geen bezwaar te hebben tegen het verzoek om vertrouwelijke behandeling van de Commissie, heeft het Gerecht de vertrouwelijke documenten die bij de brief van 8 augustus 2014 waren gevoegd uit het dossier verwijderd.

33 Bij beschikking in kort geding van 4 december 2014, Vanbreda Risk & Benefits/Commissie [T-199/14 R, Jurispr. (uittreksels), EU:T:2014:1024] heeft de president van het Gerecht gelast dat het bestreden besluit wordt geschorst met betrekking tot de gunning van perceel nr. 1 (punt 1 van het dictum), dat de gevolgen van dat besluit gehandhaafd dienden te blijven tot het verstrijken van de termijn van hogere voorziening tegen deze beschikking (punt 2 van het dictum) – dat wil zeggen tot 16 februari 2015 om middernacht – en dat de beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.

34 Verzoekster verzoekt het Gerecht:

— het bestreden besluit, waarbij de Commissie de offerte van verzoekster voor perceel nr. 1 niet heeft aanvaard en de opdracht aan Marsh is gegund, nietig te verklaren;

— de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie vast te stellen en haar te veroordelen tot betaling aan verzoekster van een bedrag van 1 000 000 EUR ter vergoeding van het verlies van een kans om de opdracht binnen te halen, het verlies van referenties en de immateriële schade;

— de Commissie hoe dan ook te verwijzen in de kosten van het geding met inbegrip van voorlopig op 50 000 EUR geraamde advocatenkosten.

35 De Commissie verzoekt het Gerecht:

— de vordering tot nietigverklaring af te wijzen;

— de vordering tot schadevergoeding af te wijzen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten van de onderhavige procedure en de kosten van het kort geding.

36 Na de beschikking Vanbreda Risk & Benefits/Commissie, punt 33 hierboven (EU:T:2014:1024), heeft de Commissie, om te beginnen, op basis van artikel 134, lid 1, onder c), van gedelegeerde verordening (EU) nr. 1268/2012 van de Commissie van 29 oktober 2012 houdende uitvoeringsvoorschriften voor

verordening (EU, EURATOM) nr. 966/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 tot vaststelling van de financiële regels van toepassing op de algemene begroting van de Unie (PB L 362, blz. 1; hierna: „uitvoeringsverordening"), een procedure van gunning door onderhandelingen ingeleid die is uitgemond in een verzekeringscontract dat op 17 februari 2015 om 0.00 uur in werking is getreden. Voorts heeft de Commissie tegen deze beschikking hogere voorziening ingesteld (C-35/15 P).

37 Bij brief van 13 februari 2015 heeft de Commissie Marsh in kennis gesteld van de opschorting van het lopende contract vanaf 16 februari 2015 om middernacht.

38 De Commissie heeft in het kader van de procedure van gunning door onderhandelingen één enkele offerte ontvangen, afkomstig van verzoekster in combinatie met verzekeraar AIG. Zij heeft deze offerte aanvaard en het uit deze aanbestedingsprocedure resulterende contract getekend, welk contract op 17 februari 2015 om 0.00 uur in werking is getreden.

39 Bij beschikking van 23 april 2015, Commissie/Vanbreda Risk & Benefits [C-35/15 P(R), Jurispr., EU:C:2015:275], heeft de vicepresident van het Hof de punten 1 en 2 van het dictum van de beschikking Vanbreda Risk & Benefits/Commissie, punt 33 supra (EU:T:2014:1024), vernietigd op grond dat de president van het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de – op het gebied van overheidsopdrachten gerechtvaardigde – versoepeling van de in de rechtspraak ontwikkelde voorwaarde inzake spoedeisendheid voor de toewijzing van voorlopige maatregelen zonder beperking in de tijd geldt (beschikking Commissie/Vanbreda Risk & Benefits, reeds aangehaald, EU:C:2015:275, punt 57). Het verzoek van verzoekster om voorlopige maatregelen is door de vicepresident van het Hof op dezelfde gronden afgewezen (beschikking Commissie/Vanbreda Risk & Benefits, reeds aangehaald, EU:C:2015:275, punt 61).

In rechte

Vordering tot nietigverklaring

40 Ter ondersteuning van haar beroep tot nietigverklaring voert verzoekster één middel aan dat drie onderdelen omvat, ontleend aan, in de eerste plaats, schending van het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers, de artikelen 111 en 113 van verordening (EU, Euratom) nr. 966/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 tot vaststelling van de financiële regels van toepassing op de algemene begroting van de Unie en tot intrekking van verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 van de Raad (PB L 298, blz. 1; hierna: „Financieel Reglement"), de artikelen 146, 149, en 158 van de uitvoeringsverordening, en de bepalingen van het bestek; in de tweede plaats, schending van het beginsel van gelijke behandeling en, in de derde plaats, schending van het transparantiebeginsel.

Eerste onderdeel van het middel: schending van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, van artikel 111, lid 5, en van artikel 113, lid 1, van het Financieel Reglement, van artikel 146, leden 1 en 2, van artikel 149, lid 1, en van artikel 158, leden 1 en 3, van de uitvoeringsverordening, alsmede van het bestek

41 Verzoekster betoogt dat de offerte van Marsh niet voldoet aan de voorwaarden van het bestek. De aan deze offerte deelnemende verzekeraars zouden zich namelijk niet hoofdelijk ertoe hebben verbonden de opdracht uit te voeren en, bijgevolg, niet de in het bestek voorgeschreven overeenkomst/volmacht hebben ondertekend.

42 De hoofdelijkheid zou evenwel een cruciale voorwaarde van de betrokken overheidsopdracht vormen en gevolgen hebben voor de geoffreerde prijs. Zouden namelijk verschillende verzekeraars een combinatie kunnen aangaan ter verzekering van een risico ter grootte van dat van de betrokken opdracht, waarbij elke verzekeraar zich uitsluitend verbindt voor zijn respectieve aandeel, dan zou de volledige betaling van de totale schade niet zijn gewaarborgd. Om die reden zou de Commissie in het onderhavige geval de hoofdelijkheid in het bestek hebben opgenomen, hetgeen een haalbare oplossing vormt die echter wel aanzienlijke bijkomende kosten met zich meebrengt.

43 Door Marsh toe te staan een offerte in te dienen samen met een consortium van verzekeraars zonder hoofdelijke verbondenheid tot uitvoering van de opdracht, zou de Commissie deze marktdeelnemer in staat hebben gesteld een veel lagere prijs te offreren.

44 Hiermee zou de Commissie het beginsel van gelijke behandeling, artikel 111, lid 5, artikel 113, lid 1, van het Financieel Reglement, artikel 146, leden 1 en 2, en artikel 158, leden 1 en 3, van de uitvoeringsverordening, alsmede het bestek hebben geschonden. Door de opdracht uiteindelijk aan Marsh te gunnen, zou de Commissie tevens artikel 149, lid 1, van de uitvoeringsverordening hebben geschonden.

45 In repliek merkt verzoekster op dat zij bij de lezing van het verweerschrift en de door de Commissie overgelegde niet-vertrouwelijke documenten nieuwe informatie heeft verkregen. Hieruit zou blijken dat Marsh in werkelijkheid haar offerte als één makelaar/inschrijver heeft ingediend en dat de Commissie en Marsh, na de opening van de offertes, uitvoerig met elkaar hebben gecorrespondeerd over de voorwaarde van de hoofdelijkheid. De Commissie zou verzoekster nooit van deze feiten op de hoogte hebben gebracht, hoewel laatstgenoemde verschillende keren navraag hiernaar heeft gedaan. Verzoekster zou bijgevolg mogen uitgaan van deze nieuwe informatie.

46 In deze context is verzoekster van mening dat de deelname van Marsh als één inschrijver kennelijk onrechtmatig en in strijd met het bestek was. Voorts zou de Commissie, anders dan zij beweert, de offerte van Marsh als een gezamenlijke offerte hebben behandeld. Tot slot had de offerte van Marsh, die immers enkel een gezamenlijke offerte kon zijn, de overeenkomst/volmacht – verplicht gesteld in bijlage IV van de uitnodiging tot inschrijving – moeten omvatten.

47 De Commissie betwist het standpunt van verzoekster dat zou zijn gebaseerd op drie verkeerde uitgangspunten: in de eerste plaats de veronderstelling dat de offerte van Marsh in naam van een combinatie of een consortium zou zijn ingediend; in de tweede plaats de veronderstelling dat deze offerte in strijd met het bestek geen model van de overeenkomst/volmacht zou hebben bevat; in de derde plaats de veronderstelling dat de door Marsh voorgestelde verzekeraars zich niet hoofdelijk ertoe zouden hebben verbonden de opdracht uit te voeren, welke veronderstelling het gevolg zou zijn van een onjuiste uitlegging van het bestek en een miskenning van de werkelijke offerte van Marsh en van het verloop van de aanbestedingsprocedure.

48 Wat de eerste veronderstelling betreft wijst de Commissie erop dat Marsh haar offerte als één makelaar/inschrijver en niet als lid of leider van een combinatie heeft ingediend en dat de opdracht op coherente wijze aan Marsh als één inschrijver is gegund. Geen enkele bepaling van het bestek zou het onmogelijk hebben gemaakt voor een makelaar om als één inschrijver een offerte voor perceel nr. 1 van de opdracht in te dienen.

49 Wat de tweede veronderstelling betreft betoogt de Commissie dat de bepalingen in het bestek betreffende de gezamenlijke offertes, inclusief het model van de overeenkomst/volmacht, bedoeld in de IUS-vragenlijst, niet van toepassing zijn in het geval van een door één inschrijver ingediende offerte en Marsh dus niet verplicht was om de ondertekende overeenkomst/volmacht – zoals voorgeschreven voor de gezamenlijke offertes – bij haar offerte te voegen. Marsh zou haar offerte vergezeld hebben doen gaan van mandaten van verschillende verzekeraars voor de uitvoering van de opdracht.

50 Met betrekking tot de derde veronderstelling is de Commissie van mening dat zij naar behoren is nagegaan – zoals zou blijken uit de correspondentie met Marsh tussen de opening van de offertes en de gunning van de opdracht – of de offerte van Marsh volledig voldeed aan de voorwaarden van het bestek, waaronder die van punt 5.1 van de technische specificaties inzake de garantie dat de aanbestedende dienst zonder onderbreking gedurende de gehele looptijd van het contract volledig verzekerd (100 %-dekking) is en de voorwaarde volgend uit het raamcontract inzake hoofdelijke verbondenheid van de ondertekenaars. Aangezien perceel nr. 1 van de opdracht namelijk een verzekeringscontract voor de onroerende goederen van de aanbestedende dienst betrof, zouden de technische specificaties uitdrukkelijk hebben bepaald dat, los van de voorschriften voor de indiening van de offertes, elke bij de uitvoering van het contract betrokken verzekeraar zich met de ondertekening ervan verplichtte tot hoofdelijke verbondenheid met de eventueel andere verzekeraars of makelaar, teneinde een doorlopende verzekering van 100 % van de aanbestedende dienst te garanderen.

51 De argumenten van verzoekster met betrekking tot de verschillen in prijs, naargelang wel of niet sprake is van hoofdelijkheid, zouden derhalve geen hout snijden. Het ondertekende contract bevatte namelijk wel degelijk een beding van hoofdelijkheid van de ondertekenaars, waarin reeds bij de bekendmaking van het bestek van de aanbesteding was voorzien. In de offerte van Marsh had dus noodzakelijkerwijs rekening moeten worden gehouden met de kosten en risico's die met een dergelijk beding gepaard gaan en de prijs zou op geen moment door Marsh zijn verhoogd of door haar ter discussie zijn gesteld.

52 De Commissie stelt dat Marsh haar offerte als één inschrijver heeft ingediend en dat bijgevolg was geen sprake van een gezamenlijke offerte. De offerte van Marsh is dus behandeld als een van één inschrijver afkomstige offerte. Bij de opening van de offertes zou de Commissie de naam van de verzekeraars in de offerte van Marsh niet hebben meegedeeld. De offertes zouden zijn onderzocht aan de hand van de uitsluitings- en selectiecriteria in de aankondiging van de opdracht en overeenkomstig de hiervoor bestemde procedure. Aangezien de offerte van Marsh afkomstig was van één inschrijver zou de Commissie naar behoren zijn nagegaan, of Marsh op zichzelf voldeed aan de selectiecriteria.

53 In dupliek betoogt de Commissie met betrekking tot het in repliek aangevoerde argument dat de deelname van Marsh als één inschrijver kennelijk onrechtmatig was, dat dit argument is gebaseerd op een beperkte en onjuiste uitlegging van het bestek en een onjuiste uitlegging van het Belgisch recht.

54 Terwijl een beperkte uitlegging van het bestek had moeten leiden tot de afwijzing van de twee offertes, zou de Commissie hebben gekozen voor een ruime uitlegging door zich – mits de offertes voldeden aan de voorwaarden van de opdracht – niet te laten door de juridische vorm waarin de verhoudingen makelaar/verzekeraar(s) waren gegoten. De Commissie is dus van mening geweest dat zowel verzekeraars als makelaars konden deelnemen aan de aanbesteding en dat niets in de weg stond aan de deelname van een makelaar als één inschrijver. Hoe dan ook zou het contract de afsluiting van een rechtstreekse verzekeringsovereenkomst hebben beoogd, welke overeenkomst door elke verzekeraar diende te worden ondertekend, hetgeen in het uiteindelijk ondertekende contract ook het geval zou zijn geweest.

55 Wat de uitlegging van het Belgisch recht betreft zou verzoekster dit nationale recht ten onrechte op het onderhavige geval toepassen. Marsh zou nooit hebben beweerd de enige ondertekenaar van dit verzekeringscontract te zijn en de Commissie heeft de mogelijkheid hiervan nooit overwogen. Verzoekster zou ten onrechte betogen dat, omdat Marsh zich als één inschrijver aandiende, zij zich presenteerde als verzekeraar die als enige het contract wilde tekenen. De Commissie zou geen enkele reden hebben gehad om de offerte van Marsh als onrechtmatig aan te merken. Deze offerte zou niet onrechtmatig zijn geweest op grond dat een makelaar niet een minimum van 100 000 m^2 verzekerde oppervlakte kon aantonen. De vereiste gegevens sloten namelijk niet de inaanmerkingneming uit van de afsluiting van verzekeringen ter zake van een minimum van 100 000 m^2 verzekerde oppervlakte, voor verzekeringsmaatschappijen, en de verlening van makelaarsdiensten voor een minimum van 100 000 m^2 verzekerde oppervlakte, voor makelaars. Tot slot was het, aangezien het om één inschrijver

ging, logisch dat enkel de financiële en economische draagkracht van Marsh is geverifieerd. Het was immers Marsh die, in deze hoedanigheid de financiële haalbaarheid van haar offerte moest waarborgen. Bovendien zou dezelfde aanpak zijn gehanteerd als voor verzoekster in het vorige verzekeringscontract. Hoe dan ook zou het bestek de ondertekening van het contract door de verzekeraars hebben voorgeschreven, teneinde het ontbreken van een rechtstreekse contractuele relatie tussen de Commissie en de verzekeraars uit te sluiten.

56 De bewering dat de offerte van Marsh is behandeld als een gezamenlijke offerte is volgens de Commissie onlogisch en onjuist. Het staat vast dat Marsh zijn offerte als één inschrijver heeft ingediend, dat de Commissie de uitsluitings- en selectiecriteria op die basis heeft toegepast en dat zij het contract aan één inschrijver heeft gegund. De Commissie begrijpt niet hoe verzoekster erbij komt dat zij de offerte van Marsh als een gezamenlijke offerte heeft behandeld. Bovendien tonen de door verzoekster aangevoerde elementen niet het tegendeel aan.

57 Met betrekking tot het argument dat de offerte van Marsh vergezeld had moeten gaan van het model van de overeenkomst/volmacht dat is voorgeschreven bij een gezamenlijke offerte, is de Commissie van mening dat aangezien de offerte van Marsh van één inschrijver afkomstig was, deze niet de ondertekende overeenkomst/volmacht hoefde te bevatten.

– Ontvankelijkheid van bepaalde in repliek aangevoerde argumenten

58 Zonder uitdrukkelijk een exceptie van niet-ontvankelijkheid op te werpen, is de Commissie niettemin van mening dat, na het door haar geleverde bewijs dat in het op 27 februari 2014 met Marsh en de verzekeraars gesloten contract wel degelijk de hoofdelijke verbondenheid van de verzekeraars was vastgelegd, de door verzoekster in repliek aangevoerde argumenten verder gaan dan het oorspronkelijke enige middel zoals verwoord in het beroep, dat wil zeggen een middel betreffende „de voorwaarde van de hoofdelijkheid die het bestek verbindt aan een gezamenlijke offerte met een consortium van verzekeraars”.

59 Er zij op gewezen dat verzoekster in repliek een aantal nieuwe argumenten heeft aangevoerd betreffende, in wezen, de onrechtmatigheid van een deelname van Marsh als één inschrijver en de onrechtmatigheid van de behandeling door de Commissie van deze offerte als een gezamenlijke offerte.

60 Zoals verzoekster evenwel in repliek correct betoogt – overigens zonder door de Commissie in dupliek gefundeerd te zijn weersproken –, vloeien deze nieuwe argumenten voort uit informatie, waarvan zij pas kennis kreeg na lezing van het verweerschrift en de documenten die door de Commissie op verzoek van het Gerecht waren overgelegd.

61 Zo heeft verzoekster pas uit het verweerschrift kunnen afleiden dat Marsh niet aan de aanbesteding heeft deelgenomen via een gezamenlijke offerte van Marsh en de zes verzekeraars, maar als één makelaar/inschrijver die zes verzekeraars voorstelde. Pas bij lezing van de door de Commissie op 29 september 2014 overgelegde documenten (zie punt 31 hierboven) heeft verzoekster kennis gekregen van de correspondentie over de kwestie van de hoofdelijkheid die na de opening van de offertes is gevoerd tussen de Commissie en Marsh, en vervolgens tussen de Commissie, Marsh en AIG.

62 Voor zover de overwegingen van de Commissie kunnen worden opgevat als een overeenkomstig artikel 84, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid die zich richt tegen de door verzoekster in repliek aangevoerde nieuwe argumenten, kan deze exceptie van niet-ontvankelijkheid daarom niet worden aanvaard.

– Onrechtmatigheid van de deelname van Marsh aan de aanbestedingsprocedure als één makelaar/inschrijver

63 In de eerste plaats wordt, ingevolge artikel 102, lid 1, van het Financieel Reglement, bij alle geheel of gedeeltelijk uit de begroting van de Unie gefinancierde overheidsopdrachten, het beginsel van gelijke behandeling in acht genomen, en schrijft artikel 146, lid 1, van de uitvoeringsverordening voor dat de aanbestedende diensten duidelijke en niet-discriminerende selectiecriteria vaststellen. In de tweede plaats moet ingevolge artikel 102, lid 2, van het Financieel Reglement elke overheidsopdracht beginnen met een zo ruim mogelijke uitnodiging tot inschrijving, en bepaalt artikel 111, leden 1, 4 en 5, van deze verordening dat de regels voor de indiening van de offertes zo zijn opgesteld dat een werkelijke concurrentie wordt gegarandeerd, elke door de openingscommissie ondeugdelijk verklaarde offerte wordt verworpen en alle deugdelijk verklaarde offertes op basis van de vooraf in de inschrijvingsdocumenten vastgestelde selectie- en gunningscriteria worden beoordeeld. Tot slot schrijft artikel 113, lid 1, van deze verordening voor dat de bevoegde ordonnateur de naam bekendmaakt van degene aan wie de opdracht wordt gegund, met inachtneming van de selectie- en gunningscriteria die vooraf in de inschrijvingsdocumenten werden vastgesteld en de regels voor het plaatsen van opdrachten.

64 Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, dat tot doel heeft de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een openbare aanbesteding deelnemende ondernemingen te bevorderen, vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen en impliceert derhalve dat voor deze offertes voor alle mededingers dezelfde voorwaarden moeten gelden (arresten van 12 december 2002, Universale-Bau e.a., C-470/99, Jurispr., EU:C:2002:746, punt 93, en 12 maart 2008, Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-345/03, Jurispr., EU:T:2008:67, punt 143).

65 De inschrijvers moeten zich dus in een gelijke positie bevinden, zowel in de fase van voorbereiding van hun aanbiedingen als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende dienst (zie in die zin arrest van 18 oktober 2001, SIAC Construction, C-19/00, Jurispr., EU:C:2001:553, punt 34 en de aldaar aangehaalde rechtspraak). De aanbestedende dienst moet in elke fase van een aanbestedingsprocedure het beginsel van gelijke behandeling en dus de gelijkheid van kansen van alle inschrijvers respecteren (zie in die zin arresten van 29 april 2004, Commissie/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Jurispr., EU:C:2004:236, punt 108; 24 februari 2000, ADT Projekt/Commissie, T-145/98, Jurispr., EU:T:2000:54, punt 164; 17 maart 2005, AFCon Management Consultants e.a./Commissie, T-160/03, Jurispr., EU:T:2005:107, punt 75, en 22 mei 2012, Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-17/09, EU:T:2012:243, punt 65).

66 In het licht van het voorgaande moet het eerste onderdeel worden onderzocht van het enkele middel tot nietigverklaring, ontleend aan de onrechtmatigheid van de deelname van Marsh aan de aanbestedingsprocedure als één makelaar/inschrijver.

67 Gelet op de bewoordingen van de betrokken aanbesteding, blijkt de mogelijkheid voor een makelaar om als één inschrijver hieraan deel te nemen, in tegenspraak hiermee te zijn.

68 In de eerste plaats duikt de term „makelaar” weliswaar op in een aantal passages van de aanbesteding (onder punt III.2.3 van de aankondiging van de opdracht met betrekking tot de technische capaciteit, in de bijlage bij de uitnodiging tot inschrijving betreffende de technische specificaties als voorwaarde voor deelname en in de rubrieken betreffende de over te leggen bewijzen inzake de vakbekwaamheid). Deze passages zijn evenwel zowel op offertes van één inschrijver als op gezamenlijke offertes van toepassing.

69 Behalve deze vermeldingen in deze voor offertes van één inschrijver en voor gezamenlijke offertes gemeenschappelijke passages, wordt de term „makelaar” niet uitdrukkelijk gebruikt in de context van gezamenlijke offertes (in artikel 5.1 van de technische specificaties, met betrekking tot de

ondertekening van het verzekeringscontract, in de vragenlijst betreffende de gezamenlijke offertes in bijlage IV van de uitnodiging tot inschrijving en in het model van de overeenkomst/volmacht in dezelfde bijlage).

70 Bijgevolg mogen de bewoordingen van de aanbesteding betreffende offertes van één inschrijver het begrip „makelaar" dan wel niet uitdrukkelijk uitsluiten, zij voorzien het gebruik van die term evenmin. De aanwezigheid van dit begrip in de delen van de aanbesteding die zowel voor offertes van één inschrijver als voor gezamenlijke offertes gelden, vindt haar verklaring eerder in het feit dat de makelaar uitdrukkelijk is voorzien als mogelijke inschrijver in het kader van een gezamenlijke offerte dan in het feit dat deze één inschrijver kan zijn.

71 In de tweede plaats kan het argument van de Commissie dat geen enkele bepaling van het bestek zich verzet tegen de indiening door een makelaar van een offerte voor perceel nr. 1 als één inschrijver redelijkerwijs in twijfel worden getrokken.

72 Om te beginnen volgt uit punt 5, eerste streepje, van de uitnodiging tot inschrijving („Na de indiening van de offertes") dat „de onderhavige uitnodiging tot inschrijving in geen geval een contractuele verbintenis van de Commissie inhoudt" en dat „deze contractuele verbintenis pas ontstaat bij ondertekening van het contract met de gekozen inschrijver". Evenzo bevat de eerste alinea van de derde pagina van het bestreden besluit de vermelding „ingeval het contract niet kan worden gesloten met degene aan wie de opdracht is gegund".

73 In het onderhavige geval – en zoals blijkt uit het dossier en de mededelingen van de Commissie zelf – is Marsh de enige gekozen „inschrijver", met uitsluiting van iedere andere persoon.

74 Zoals de Commissie zelf benadrukt in haar correspondentie van 18 december 2013 en 12 februari 2014 met Marsh kan een makelaar niet de enige ondertekenaar zijn van het litigieuze dienstencontract.

75 Voorts is er, volgens artikel 5.1 van de technische specificaties, wanneer het contract door verschillende hoofdelijk verbonden verzekeraars moet worden getekend, slechts sprake van drie gevallen van inschrijving, waarvan maar één de aanwezigheid van een makelaar kent. Laatstgenoemde situatie betreft een „geval van een inschrijving door verschillende hoofdelijk verbonden verzekeraars die als consortium optreden en worden vertegenwoordigd door een makelaar". Bijgevolg kennen enkel gezamenlijke offertes de aanwezigheid van een makelaar.

76 Gelet op het voorgaande moet worden geconcludeerd dat, in tegenstelling tot wat de Commissie betoogt, uit de bewoordingen van het bestek blijkt dat niet alleen niet was voorzien in de situatie waarin een makelaar een offerte als enig inschrijver indient, maar dat deze situatie zelfs als uitgesloten kon worden beschouwd.

77 De Commissie geeft overigens zelf toe dat het bestek formeel niet de mogelijkheid van een inschrijving door één makelaar/inschrijver kende. Ingegeven door het streven om de opdracht voor een zo ruim mogelijke concurrentie open te stellen, zou zij evenwel van mening zijn geweest dat het bestek niet in die zin moest worden uitgelegd dat het een offerte uitsloot van één makelaar/inschrijver die is gemandateerd door verschillende verzekeraars die zich ertoe verbinden om in geval van gunning het contract te ondertekenen en uit te voeren. Zij zou in dit verband ook artikel 121, lid 5, tweede alinea, van de uitvoeringsverordening in aanmerking hebben genomen.

78 Met betrekking tot de verwijzing naar artikel 121, lid 5, tweede alinea, van de uitvoeringsverordening zij erop gewezen dat deze bepaling van toepassing is op een inschrijving van een combinatie van marktdeelnemers. Ingevolge deze bepaling kan de aanbestedende dienst niet verlangen dat deze combinatie een bepaalde rechtsvorm heeft. In het onderhavige geval gaat het evenwel niet om een inschrijving door een combinatie van marktdeelnemers, maar door één makelaar, aan wie als enige de opdracht is gegund.

79 Het betoog van de Commissie dat het bestek inschrijvingen door één makelaar/inschrijver niet uitsloot, wordt niet alleen weersproken door de bewoordingen van het bestek zelf maar ook door de algemene opzet van het stelsel.

80 De door de Commissie mogelijk geachte indiening van een offerte door één makelaar/inschrijver heeft namelijk andere gevolgen, met betrekking tot de vraag of de offerte aan de regels voldoet, dan die van een offerte die wordt ingediend door een verzekeraar die als enig inschrijver optreedt. In beide gevallen moet de aanbestedende dienst zich evenwel vergewissen van de overeenstemming van de offerte met het bestek. De aanbestedende dienst moet dus in staat zijn zich van deze taak te kwijten.

81 Ingevolge punt 3.4 van de uitnodiging tot inschrijving diende de beoordeling van de inschrijvingen in drie fasen plaats te vinden en enkel de offertes die voldeden aan de vereisten van elke fase van de beoordeling werden toegelaten tot de volgende fase. In de eerste en de tweede fase diende te worden nagegaan of, respectievelijk, de uitsluitings- en selectiecriteria op de inschrijvers van toepassing waren. De beoordeling van de inschrijvingen en de gunning van de opdracht maakten deel uit van de derde fase.

82 Met betrekking tot meer in het bijzonder de tweede fase van de beoordeling, waarin diende te worden nagegaan of voldaan was aan de selectiecriteria, volgt uit punt 3.4.2 van de uitnodiging tot inschrijving dat het beoordelingscomité moet nagaan of, in de eerste plaats, de economische en financiële draagkracht en, in de tweede plaats, de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid van de inschrijvers voldoende was. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de Commissie in haar verweerschrift uitdrukkelijk heeft vermeld dat zij naar behoren is nagegaan of de offerte van Marsh op zichzelf beantwoordde aan de selectiecriteria van de aanbesteding, hetgeen tevens blijkt uit het formulier voor de beoordeling van de selectiecriteria dat is gehecht aan de notulen van de beoordeling van de offertes van 13 januari 2014.

83 Wat de beoordeling van de economische en financiële draagkracht betreft zij erop gewezen dat in het geval van een gezamenlijke offerte punt 4 van bijlage IV van de uitnodiging tot inschrijving bepaalt dat de informatie door elk lid individueel moet worden verstrekt.

84 Dit vereiste maakt het mogelijk de soliditeit van de verzekeringsondernemingen te waarborgen, want zij zijn het die uiteindelijk het risico moeten dekken. Dit vereiste staat eraan in de weg dat een makelaar – die uitdrukkelijk wordt vermeld als mogelijke inschrijver in het kader van een gezamenlijke offerte – enkel informatie kan verstrekken met betrekking tot zijn eigen economische en financiële draagkracht. Wat namelijk moet worden voorkomen, is dat het beoordelingscomité enkel uitgaat van de soliditeit van een tussenpersoon die het gedekte risico niet verzekert.

85 Wanneer daarentegen een offerte van slechts één inschrijver afkomstig is, schrijft ditzelfde punt 4 van bijlage IV van de uitnodiging tot inschrijving enkel voor dat de beoordeling betrekking heeft op de economische en financiële draagkracht van de inschrijver. Zou het mogelijk zijn – zoals de Commissie bepleit – om een makelaar als enig inschrijver toe te laten, dan zou – zoals in casu overigens is gebeurd – de beoordeling beperkt kunnen zijn tot de door deze makelaar verstrekte informatie. Hiermee zou de financiële soliditeit van de verzekeraars, die evenwel daadwerkelijk met de dekking van het risico belast zijn, de jure geen onderdeel uitmaken van de beoordeling van de offerte.

86 Hieraan wordt niet afgedaan door artikel 147, lid 3, van de uitvoeringsverordening. Ingevolge deze bepaling kan een ondernemer zich in voorkomend geval en voor een bepaalde opdracht beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten. In dat geval moet hij tegenover de aanbestedende dienst aantonen dat hij kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen, bijvoorbeeld door overlegging van de verbintenis van deze entiteiten om de ondernemer de nodige middelen ter beschikking te stellen. Deze bepaling is namelijk enkel van toepassing, wanneer de inschrijver gebruik wil maken van de draagkracht van andere entiteiten.

87 Wat het onderhavige geval betreft heeft de Commissie evenwel duidelijk medegedeeld dat de beoordeling van de selectiecriteria, waartoe de economische en financiële draagkracht behoort, enkel betrekking heeft gehad op de situatie van Marsh.

88 Deze mededeling, die steun vindt in het dossier, is namelijk om te beginnen met zoveel woorden gedaan in de kortgedingprocedure (zie in die zin beschikking Vanbreda Risk & Benefits/Commissie, punt 33 supra, EU:T:2014:1024, punt 72), zonder op dit punt door de Commissie te zijn tegengesproken in de door haar ingestelde hogere voorziening (zie punt 36, in fine, hierboven) en bevestigd door de beschikking Commissie/Vanbreda Risk & Benefits, punt 39 supra (EU:C:2015:275). De Commissie heeft aldus erkend dat enkel de economische en financiële draagkracht van Marsh, en niet die van de verzekeraars die Marsh hadden gemandateerd, is beoordeeld. Zij zou met deze aanbesteding hebben beoogd een contract met de verzekeraars te sluiten zonder evenwel hun economische en financiële draagkracht te hoeven onderzoeken. Deze benadering zou berusten op de bewuste keuze om af te zien van een economisch onderzoek door geen bewijs dienaangaande te eisen en te kiezen voor een meer juridische aanpak door de inschrijver te vragen zich te verbinden tot vervulling van dit criterium.

89 In haar dupliek in het onderhavige beroep heeft de Commissie opnieuw bevestigd dat enkel de economische en financiële draagkracht van Marsh en niet die van de door Marsh voorgestelde verzekeraars diende te worden beoordeeld in het kader van de aanbestedingsprocedure.

90 Deze aanpak van de Commissie en de hierbij geleverde uitleg staan evenwel haaks op de bewoordingen en de strekking van het bestek zelf. In het geval van gezamenlijke offertes, waarbij deelname van een makelaar uitdrukkelijk mogelijk is, vereist het bestek namelijk de overlegging van de documenten die de economische en financiële draagkracht aantonen van elk lid afzonderlijk, met inbegrip van de aan de gezamenlijke offerte deelnemende verzekeraar(s). Zou de Commissie aanvankelijk daadwerkelijk de bedoeling hebben gehad om zich te beperken tot de beoordeling van de economische en financiële draagkracht van makelaars, dan zou zij in het kader van een door een makelaar ingediende gezamenlijke offerte niet hebben gevraagd om overlegging van documenten betreffende de economische en financiële draagkracht van elk van de deelnemende partijen. Bovendien zou in geval van indiening van een offerte door een verzekeraar als enig inschrijver zijn economische en financiële draagkracht zijn beoordeeld. Bijgevolg zou enkel wanneer een makelaar een offerte als enig inschrijver zou hebben ingediend, de economische en financiële draagkracht van de entiteit die de dekking van het risico garandeert niet zijn beoordeeld. Dit strookt noch met de algemene opzet van het stelsel, noch met de gelijkheid van behandeling van de inschrijvers.

91 Tot slot had deze aanbesteding – gelet op de bewoordingen van de aankondiging van de aanbesteding (zie punt II.1.5 van de aankondiging van de opdracht, punt 2 van de technische specificaties en artikel I.1.1 van het model van het dienstencontract) – de afsluiting van een verzekeringscontract tot doel. In haar brief van 18 december 2013 heeft de Commissie bevestigd dat het ging om een rechtstreeks verzekeringscontract. Vastgesteld moet worden dat de Commissie, ofschoon zij een dergelijke doelstelling nastreefde, uitsluitend de economische en financiële draagkracht van makelaar Marsh heeft beoordeeld en niet die van de door laatstgenoemde voorgestelde verzekeraars. Een dergelijke benadering mag dan nog wel aanvaardbaar zijn in het geval van een aanbesteding ten behoeve van de afsluiting van een makelaarscontract. Zij voldoet evenwel niet aan de regels – met name gelet op de doelstelling van de door het Financieel Reglement nagestreefde bescherming van de financiële belangen van de Unie – wanneer de aanbesteding een verzekeringscontract betreft.

92 De overwegingen van de Commissie met betrekking tot de aanpak die zou zijn gevolgd in de aanbestedingsprocedure die heeft plaatsgevonden vóór de aanbestedingsprocedure en het verzekeringscontract waar het in deze zaak om gaat, zijn niet relevant voor de beoordeling van de rechtsgeldigheid van het bestreden besluit.

93 Uit het voorafgaande volgt dat de toelating tot de aanbesteding van een makelaar als enig inschrijver in strijd is met zowel de bepalingen van de aanbesteding als de algemene opzet van het hierbij in het leven geroepen stelsel. De door de Commissie aangevoerde overwegingen ter zake van haar doelstelling om een hoog niveau van concurrentie bij de deelname van de litigieuze aanbesteding te handhaven, kunnen de niet-naleving van de bepalingen van de aanbesteding niet rechtvaardigen.

94 Voorts blijkt uit het dossier dat een van de wezenlijke voorwaarden van de aanbesteding inhield dat de verzekeraar(s) diende(n) te garanderen dat de aanbestedende dienst verzekerd zou zijn van een dekking van 100 % van de in het bestek gespecificeerde risico's.

95 Volgens de Commissie zou in de – volgens haar aanvaardbare – situatie van een enig makelaar/inschrijver de regeling van de praktische uitvoeringsvoorwaarden van het contract een taak van laatstgenoemde zijn geweest. Een dergelijke aanpak zou, voor de Commissie, erop neer zijn gekomen dat de verificatie van de vervulling van de in punt 94 hierboven vermelde voorwaarde inzake de dekking enkel betrekking zou hebben gehad op het resultaat en niet op de wijze van de totstandkoming ervan.

96 In het onderhavige geval heeft Marsh, bij de indiening van zijn offerte, een spreiding van de risico's over de verzekeraars voorgesteld om een dekking van 100 % te bereiken. Bij brief van 14 februari 2014 heeft Marsh de Commissie ervan in kennis gesteld dat een van de verzekeraars die zou deelnemen aan haar offerte, te weten AIG, het contract niet had willen tekenen. Na het wegvallen van deze partij heeft Marsh een nieuwe verdeling van de risico's voorgesteld, zonder wijziging van de totale prijs van de gekozen offerte. Deze nieuwe verdeling behelsde dat in het aandeel van de deelname van AIG zou worden voorzien door, in de eerste plaats, een verhoging van de deelname van de overblijvende verzekeraars en, in de tweede plaats, door een deel van dit aandeel toe te wijzen aan twee nieuwe verzekeraars die niet waren vermeld bij de verzekeraars die oorspronkelijk waren opgenomen in de offerte van Marsh.

97 Dit betekent dat op het moment waarop Marsh, in de eerste plaats, de verhoging van het aandeel van de verzekeraars die haar hadden gemandateerd diende te heronderhandelen en, in de tweede plaats, over de deelname van twee nieuwe verzekeraars moest onderhandelen, niet alleen de concurrerende offerte bekend was, maar ook de gunning van de opdracht aan Marsh vaststond. Indien ten tijde van de totstandkoming van de oorspronkelijke offerte en dus zonder te weten dat de opdracht aan hen zou worden gegund, de verzekeraars die Marsh hadden gemandateerd een grotere deelname – en dus een hoger risico – hadden moeten aanvaarden, is het, naar alle economische waarschijnlijkheid, aannemelijk dat zij als tegenprestatie een hogere vergoeding zouden hebben geëist. Dit had bijgevolg tot een verhoging van de prijs van de offerte kunnen leiden. Zo had ook de onderhandeling over de deelname van twee nieuwe verzekeraars aan een offerte – op een moment waarop noch de prijs van de concurrerende offerte, noch de gunning van de opdracht vaststond – kunnen leiden tot een ander resultaat dat de totale prijs van de door Marsh ingediende offerte mogelijkerwijs hoger had doen uitvallen. In het onderhavige geval daarentegen konden deze twee nieuwe verzekeraars exact de maximale hoogte van de vergoeding weten die zij konden verkrijgen op het moment waarop zij hun akkoord aan Marsh gaven.

98 Bijgevolg mag dan de totale prijs van de gekozen offerte voor de Commissie feitelijk niet zijn veranderd, de voorwaarden voor de onderhandelingen tussen de inschrijver en de verzekeraars waren dat ontegenzeggelijk wel.

99 Uit het voorgaande volgt dat de toelating van een makelaar tot de deelname aan een aanbesteding als enig inschrijver die door verzekeraars is gemandateerd, in de eerste plaats, de verificatie door het beoordelingscomité van de overeenstemming van een offerte met de voorwaarden van het bestek illusoir maakt, in de tweede plaats, deze makelaar in voorkomend geval een concurrentievoordeel ten

opzichte van de andere inschrijvers verschaft en, in de derde plaats, een ongelijke behandeling met zich brengt ten gunste van één makelaar/inschrijver ten opzichte van, met name, een concurrent die een gezamenlijke offerte met een of verschillende verzekeraars indient.

100 De opvatting van de Commissie dat het bestek niet de inschrijving door één makelaar/inschrijver uitsluit, wordt dus niet alleen weersproken door de bepalingen van de aanbesteding maar ook door de algemene opzet van het stelsel. Verzoekster heeft dus terecht betoogd dat de deelname van Marsh aan de aanbesteding als enig makelaar/inschrijver onrechtmatig was.

101 Naast deze constatering die is ontleend aan de bewoordingen en de strekking van de aanbesteding, moet worden nagegaan of, in het onderhavige geval en zoals verzoekster in repliek stelt, de Commissie niet ook het beginsel van gelijke behandeling heeft geschonden vanwege haar contacten met Marsh na de opening van de offertes.

– Schending van het beginsel van gelijke behandeling door de contacten tussen de Commissie en Marsh na de opening van de offertes

102 Volgens de in de punten 64 en 65 hierboven aangehaalde rechtspraak moet de aanbestedende dienst alle inschrijvers op gelijke wijze behandelen en hiertoe nagaan of de offertes overeenstemmen met de vereisten van de opdracht. De aanbestedende dienst kan een offerte niet aanvaarden en een contract niet ondertekenen, wanneer hij reden heeft, of redelijkerwijs zou moeten hebben, om aan te nemen dat de offerte die hij onderzoekt of reeds heeft uitgekozen niet overeenstemt met de vereisten van de opdracht.

103 In deze context moeten de contacten tussen Marsh en de Commissie zoals die uit het dossier blijken onder de loep worden genomen en, in het bijzonder de elementen die de Commissie heeft aangedragen ter beantwoording van de op 11 september 2014 tot haar gerichte maatregel tot organisatie van de procesgang.

104 Op 25 oktober 2013 heeft Marsh haar offerte als één makelaar/inschrijver bij de Commissie ingediend.

105 Deze offerte bevatte de verklaringen op erewoord van de zes verzekeraars, waarin elke verzekeraar zijn instemming met de inhoud van de offerte van Marsh betuigde, zijn aandeel in de dekking van het verzekerde risico van de opdracht aankondigde en aangaf zich te houden aan alle voorschriften van de specificatie van de opdracht „voor zijn respectieve aandeel”. Een van deze verklaringen – afkomstig van AIG – bevatte de volgende handgeschreven aantekening:

„Met uitzondering van de hoofdelijkheidsclausule [...]. Wij gaan niet akkoord met deze clausule”. [„except concerning the solidarity clause (annexe IV, p. 9, point 1). We do not accept this clause”].

106 In het technische deel van haar offerte vermeldde Marsh dat zijzelf (makelaar/inschrijver) en de door haar voorgestelde verzekeraars „geen combinatie [waren] aangegaan noch in een uitbestedingsrelatie tot elkaar [stonden] en dat daarom bepaalde modaliteiten van bijlage IV [van de uitnodiging tot inschrijving] zoals de hoofdelijke verbondenheid van de verzekeraars, in het kader van de onderhavige opdracht niet van toepassing [waren]”.

107 Bij faxbericht van 13 november 2013 heeft de Commissie de ontvangst van de offerte van Marsh bevestigd. In dit faxbericht heeft de Commissie geen opmerking gemaakt of een vraag gesteld over de documenten en de vermeldingen in de offerte van Marsh met betrekking tot de aard van de verbintenis van de verzekeraars.

108 De Commissie heeft Marsh enkel ervan in kennis gesteld dat haar offerte – anderszins – niet vergezeld was gegaan van alle vereiste documenten en inlichtingen (technische bekwaamheid, referenties inzake eerder gesloten verzekeringen, verzekerde oppervlakte). Marsh heeft deze informatie bij faxberichten van 15 en 18 november 2013 verstrekt.

109 Bij faxbericht van 27 november 2013 heeft de Commissie Marsh laten weten dat haar offerte aanvullende informatie vereiste.

110 In dit faxbericht heeft de Commissie vermeld dat „de aanbestedende dienst er nota van heeft genomen dat [punt 3] van bijlage IV van de uitnodiging tot inschrijving niet van toepassing [was], aangezien het niet [ging] om een gezamenlijke offerte of een offerte van een combinatie van ondernemingen".

111 De Commissie heeft laten weten dat de aanbestedende dienst kennis ervan had genomen dat de offerte van Marsh een dekking van 100 % van het verzekerde risico aanbood, maar dat een incoherentie was vastgesteld met betrekking tot de hoogte van het aandeel van twee verzekeraars hierin. Teneinde deze incoherentie weg te nemen, verzocht de Commissie Marsh om toezending van de gecorrigeerde mandaten, medeondertekend door de verschillende verzekeraars met vermelding van de deelname van elk van hen.

112 Bij gelegenheid van die correctie – en zulks op een wijze die meer direct relevant is voor de onderhavige zaak –, heeft de Commissie Marsh verzocht „te bevestigen dat de te verzekeren risico's voor 100 % gedekt zijn door middel van hoofdelijke verbondenheid van alle verzekeraars overeenkomstig de laatste alinea van de eerste pagina van het ontwerpraamcontract".

113 Bij faxbericht van 28 november 2013 heeft Marsh geantwoord „te willen vernemen wat in het ontwerpraamcontract wordt verstaan onder *de hoofdelijke verbondenheid van alle betrokken verzekeraars*„ (cursivering van Marsh).

114 Marsh heeft aangegeven dat „gelet op de verzekeringspraktijk in het geval van offertes waarbij een eerste verzekeraar en medeverzekeraars betrokken zijn, [haar] opvatting van dit begrip is dat alle aangewezen medeverzekeraars de eerste verzekeraar machtigen om in hun naam in alle aangelegenheden met betrekking tot het contract te handelen", en dat „het hierbij onder andere gaat om verklaringen, wijzigingen, schademeldingen, de bepaling van de omvang van de schade, de vergoeding van de schade en de bijkomende kosten, juridische procedures en de uitoefening van het subrogatie- en regresrecht" en zulks „met dien verstande dat alle medeverzekeraars alle besluiten of handelingen van de eerste verzekeraar automatisch en definitief volgen, en aldus alle verzekeraars van het contract unaniem instemmen". Marsh heeft daarom de Commissie verzocht om bevestiging van de juistheid van haar opvatting.

115 Bij faxbericht van 2 december 2013 heeft de Commissie medegedeeld „de volgende preciseringen te willen aanbrengen ter beantwoording van de vragen" van Marsh. Zij heeft dit in de volgende bewoordingen gedaan:

„Om te beginnen zij eraan herinnerd dat de toekomstige contractant een resultaatsverbintenis aangaat die inhoudt dat hij gedurende de gehele looptijd van het contract moet zorgen voor een ononderbroken verzekering overeenkomstig de bepalingen van het bestek (100 %-dekking).

In deze context staat het aan de inschrijver om de praktische uitvoeringsvoorwaarden van het contract te regelen, welke onder andere de in uw schrijven vermelde middelen kunnen omvatten.

Wat het begrip hoofdelijkheid betreft verwijs ik naar de definitie in artikel 5.1 van de technische specificaties (hieronder).

Zoals u hierin kunt lezen, bevat dit artikel wat de uitvoerings- en beheersvoorwaarden van het contract betreft geen specifieke voorschriften voor de eerste verzekeraars, de makelaars of de medeverzekeraars.

, ***5.1 Algemene bepalingen*** *De uitvoering van het contract begint op de datum van de inwerkingtreding ervan overeenkomstig artikel 1.2.1 van het raamcontract. In geval van een inschrijving door verschillende hoofdelijk verbonden verzekeraars die als consortium optreden of door een consortium van verschillende verzekeraars, welke worden vertegenwoordigd door een gezamenlijke eerste verzekeraar, moet bij gunning het contract door elke verzekeraar worden ondertekend. In een dergelijk geval garandeert de inschrijver dat de aanbestedende dienst zonder onderbreking gedurende de gehele looptijd van het contract volledig verzekerd (100 %-dekking) is [...], met dien verstande dat wanneer de inschrijver een eerste verzekeraar is deze fungeert als aanspreekpunt voor de aanbestedende dienst en de beheerder van het contract gedurende de uitvoering ervan.* ***In geval van een inschrijving door verschillende hoofdelijk verbonden verzekeraars die als consortium optreden en worden vertegenwoordigd door een makelaar, moet bij gunning het contract door elke verzekeraar en de makelaar gezamenlijk worden ondertekend****. In een dergelijk geval garandeert/garanderen de inschrijver/inschrijvers eveneens dat de aanbestedende dienst zonder onderbreking gedurende de gehele looptijd van het contract volledig verzekerd (100 %-dekking) is. Hierbij fungeert de makelaar als aanspreekpunt voor de aanbestedende dienst en de beheerder van het contract gedurende de uitvoering ervan. De makelaar ontvangt zijn vergoeding rechtstreeks van de verzekeraar(s). De makelaar kan de betaling van de premies ontvangen en bij de vergoeding van schade als tussenpersoon optreden.*'

Gelet op het voorgaande verzoek ik u om bevestiging van de naleving van de hoofdelijkheidsclausule zoals hierboven en op de eerste bladzijde van het ontwerpraamcontract omschreven." (vette letters en cursivering van de Commissie).

116 Bij e-mail van 6 december 2013 heeft Marsh te kennen gegeven „helaas [...] in deze fase nog steeds geen duidelijk begrip te hebben van de verbintenis die [de Commissie van haar] wenste te verkrijgen" ter zake van de hoofdelijke verbondenheid van de verzekeraars.

117 Marsh heeft hieraan toegevoegd dat „de belangen te groot waren om niet de nodige tijd te nemen voor een volledig begrip – over en weer – van de contractuele bepalingen, waaraan [zij moest voldoen]". Marsh heeft verzocht om een gesprek „ter zake van het wederzijdse begrip van deze hoofdelijkheidsclausule", en hierbij vermeld dat dit gesprek „onmiddellijk zou worden gevolgd door [haar] definitieve antwoord met betrekking tot deze verbintenis en [haar] ongetwijfeld duidelijkheid zou verschaffen ter zake van de begrippen die op dit moment in de weg staan aan het antwoord dat [zij] [de Commissie] dient te geven".

118 Marsh heeft verder het volgende opgemerkt:

„Wij herinneren aan het feit, zoals reeds is gepreciseerd in onze vraag van 28 november 2013, dat Marsh haar offerte als één makelaar/inschrijver heeft ingediend, dus niet als combinatie, consortium of in de vorm van een gezamenlijke offerte met een of verschillende verzekeraars (aangezien zij zelf geen combinatie hebben gevormd). Dit uitgangspunt, dat in uw faxbericht van 27 november 2013 is erkend, komt niet voor in artikel 5.1 van de uitvoeringsvoorschriften van het contract, waarnaar u verwijst in uw laatste faxbericht (geen van de twee beschreven gevallen komt overeen met onze offerte), terwijl de onderhavige aanbesteding wel openstaat voor verzekeraars en makelaars.

De indiening van een offerte door Marsh als enig inschrijver, gestaafd met de verbintenissen van de verzekeraars om een dekking van 100 % te garanderen, vergt noch vormt – in onze ogen – een combinatie in de zin van artikel 5.1, aangezien bij een dergelijke combinatie sprake dient te zijn van een gezamenlijke offerte van alle leden van de combinatie die daarmee de gezamenlijke en hoofdelijk verbonden inschrijvers worden.

Wij zijn van mening dat dit onderscheid gevolgen heeft voor het vereiste om wel of niet te bevestigen dat de verzekeraars hoofdelijk verbonden zijn.

Ook willen wij graag meer duidelijkheid verkrijgen over de vraag of Marsh, de enige inschrijver, wordt beschouwd als (enige?) contractant, aangezien in de definitie van contractant wordt verwezen naar ‚de verzekeringsmaatschappij of verzekeringsonderneming, waarbij het contract wordt ondertekend...'. Of is het, a contrario, mogelijk dat u de (enige) inschrijver niet eens als medecontractant beschouwt (aangezien hij makelaar is), hetgeen een uiterst complexe juridische constructie lijkt te zijn?

Tot slot is nog onduidelijk wat de hoofdelijke verbondenheid exact inhoudt, aangezien bijvoorbeeld ingevolge artikel 47 van de wet betreffende de controle van verzekeringsondernemingen van 9 juli 1979 (zoals nadien gewijzigd) (omzetting van Europese richtlijnen), de [Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten] hoe dan ook saneringsmaatregelen kan treffen die gevolgen hebben voor de rechten van derden (de schuldeisers van een verzekeraar). Wat de financiële situatie van een Belgische verzekeraar betreft, zou de [Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten] saneringsmaatregelen kunnen treffen die raken aan de hoofdelijkheidsverbintenis, omdat bijvoorbeeld een verbintenis tot hoofdelijke verbondenheid de gewone en eigen verplichtingen van de verzekeraar in gevaar zou kunnen brengen."

119 Bij faxbericht van 18 december 2013 heeft de Commissie geantwoord dat het gevraagde gesprek niet kon plaatsvinden omdat dit soort contacten niet was toegestaan en dat zij „[met betrekking tot] de vragen [van Marsh] inzake de hoofdelijke verbondenheid [...], de volgende toelichtingen [kon] verstrekken":

„Er zij aan herinnerd dat de onderhavige aanbesteding tot doel heeft om voor elk perceel van de opdracht verzekeringscontracten te sluiten overeenkomstig de voorwaarden van de inschrijvingsdocumenten. Het gaat om rechtstreekse verzekeringscontracten die met ingang van de datum van de ondertekening ervan de activa en aansprakelijkheden van de aanbestedende diensten moeten dekken zonder dat nadien een verzekeringspolis dient te worden ondertekend. Hiertoe is in artikel 5.1 van de technische specificaties bepaald dat ‚[d]e uitvoering van het contract begint op de datum van de inwerkingtreding ervan overeenkomstig artikel 1.2.1 van het raamcontract'.

Het vereiste dat een makelaar zelf in eigen naam en zonder de gezamenlijke en hoofdelijke verbondenheid van de verzekeraars een verzekeringscontract ondertekent, zou een overschrijding vormen van de grens van de omvang van de verbintenissen die een makelaar wettelijk kan aangaan. Bijgevolg is een dergelijke situatie niet in de onderhavige opdracht geregeld.

Om die reden bepalen de inschrijvingsdocumenten dat de contracten moeten worden getekend door de verzekeraars en, in voorkomend geval, de makelaar, overeenkomstig de voorwaarden van punt 5.1 van de technische specificaties. In dat geval zijn de ondertekenaars van het contract hoofdelijk verbonden, zoals bepaald in het raamcontract dat bij het bestek is gevoegd.

Zoals reeds aangegeven in ons faxbericht van 27 november 2013 is het de taak van de inschrijver om de praktische uitvoeringsvoorwaarden van het contract en de verhoudingen tussen de verschillende verzekeraars te regelen, teneinde de goede uitvoering van het contract te waarborgen. Daarom is/zijn de toekomstige contractant(en) gehouden tot een resultaatsverbintenis die inhoudt dat gedurende de gehele looptijd van het contract een ononderbroken verzekering overeenkomstig het bestek (100 %-dekking) gegarandeerd is. In dit verband vormt de hoofdelijkheid een bijkomende garantie voor de aanbestedende diensten in geval van gebrekkige uitvoering van het contract, zonder dat hiertoe aan de ondertekenaars van het contract andere uitvoeringsverplichtingen hoeven te worden opgelegd.

In het licht van het voorgaande verzoek ik u om inachtneming van de hoofdelijkheidsclausule zoals bedoeld in de inschrijvingsdocumenten, en in het bijzonder, op de eerste pagina van het ontwerpraamcontract, en hiervoor verduidelijkt.

In uw schrijven geeft u aan te beschikken over mandaten van de verzekeraars die de 100 %-dekking bevestigen. Ik zou u erkentelijk zijn, wanneer u mij deze mandaten kunt laten toekomen."

120 Bij faxbericht van 24 december 2013 heeft Marsh als volgt geantwoord:

„Gelet op de verduidelijkingen in dit faxbericht, met name met betrekking tot de hoofdelijkheid die een bijkomende garantie vormt voor de aanbestedende diensten in geval van gebrekkige uitvoering van het contract, zonder dat hiertoe aan de ondertekenaars van het contract andere uitvoeringsverplichtingen hoeven te worden opgelegd, bevestigen wij u bij dezen een dekking van 100 %.

Uit dien hoofde voegen wij bij dit bericht de door de verzekeraars ondertekende mandaten die tezamen een dekking van 100 % bevestigen, elk voor hun eigen aandeel. De ‚opeenstapeling' van de 6 ondertekende mandaten is de bevestiging van een dekking van 100 % voor de gehele contractperiode.

In deze opzet (identiek met die van het huidige interinstitutionele contract) dient Marsh dus een offerte in die bestaat uit 6 verzekeraars die deelnemen door middel van medeverzekering in de verdeling die wij in de schema's van de ondertekende mandaten duidelijk hebben weergegeven.

Ook is gepreciseerd dat deze verzekeraars noch met Marsh, noch onderling een combinatie zijn aangegaan.

Aangezien de verzekeraars geen combinatie hebben gevormd, verklaren zij te voldoen aan alle voorwaarden van de opdracht voor het gedeelte van het contract dat zij uitvoeren (‚I declare that xxx will comply with all the terms of the tender specifications, for the part of the contract xxx will perform').

Wij zijn van mening dat deze verklaringen beantwoorden aan de eisen van de aanbestedende diensten met betrekking tot de behoorlijke uitvoering van het contract, maar wij betreuren het dat ondanks de moeite die over en weer is gedaan om tot een beter begrip en meer duidelijkheid te komen, wij er niet helemaal van overtuigd zijn hiermee te voldoen aan de voorwaarden van het contract, aangezien de hoofdelijke verbondenheid – in de betekenis die u wellicht hieraan wenst te verbinden – niet door de verzekeraars is erkend. Deze opvatting zou namelijk kunnen inhouden dat elke verzekeraar zich niet verbindt voor het deel van het contract dat hij uitvoert, maar voor het volledige contract, hetgeen haaks staat op het medeverzekeringsbeginsel, waarbij de dekking voor 100 % en niet voor 600 % moet zijn gegarandeerd.

Ter verwezenlijking van het door u beoogde doel van hoofdelijke verbondenheid van de verzekeraars hebben wij elke verzekeraar verzocht en bereid gevonden om zich voor 100 % te verbinden tot de uitvoering van zijn deelname. Bijgevolg hoeft u noch feitelijk noch rechtelijk de hoofdelijke verbondenheid in te roepen.

Wij willen u bij voorbaat danken voor de definitieve verduidelijking van dit punt."

121 Bij faxbericht van 8 januari 2014 heeft de Commissie verzoekster bedankt voor de toelichting en informatie in het schrijven van 24 december 2013 en de navolgende preciseringen gevraagd:

„Voorts moet – zoals reeds is verduidelijkt – de verbintenis van uw onderneming en de verzekeraars waarvan de mandaten samen met uw offerte zijn verstrekt, worden bekrachtigd door de ondertekening van het verzekeringscontract dat bij het bestek is gevoegd.

Of de offerte individueel dan wel door een combinatie van inschrijvers is ingediend, is in dit stadium niet relevant, aangezien het verzekeringscontract moet worden ondertekend door de verzekeraars die door hun mandaat de uitvoering ervan in geval van gunning garanderen. Uit uw schrijven blijkt niet duidelijk dat dit het geval zal zijn.

Bijgevolg verzoek ik u om in geval van gunning te bevestigen dat het contract zowel door u als door de in uw offerte vermelde medeverzekeraars wordt getekend."

122 Bij e-mail van 10 januari 2014 heeft Marsh in de navolgende bewoordingen geantwoord:

„Wij bevestigen dat in geval van gunning van de opdracht, Marsh en de in onze offerte vermelde medeverzekeraars (waarvan de mandaten opnieuw zijn bevestigd in ons schrijven van 24 december 2013) het bij het bestek gevoegde dienstencontract zullen tekenen, mits onze oorspronkelijke offerte, de hierbij behorende mandaten en de verschillende aanvullende documenten ter verduidelijking van met name de hoofdelijkheid volledig deel uitmaken van de constitutieve elementen van de opdracht.

Wat in het bijzonder pagina 1 van het contract betreft heeft u uit onze eerdere correspondentie duidelijk kunnen opmaken dat de verzekeraars in de bij onze offerte gevoegde mandaten verklaren te voldoen aan alle voorwaarden van de opdracht voor het gedeelte van het contract dat zij uitvoeren (‚I declare that xxx will comply with all the terms of the tender specifications, for the part of the contract xxx will perform').

Wij hopen u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd en verblijven met de meeste hoogachting."

123 In zijn notulen van 13 januari 2014 is het beoordelingscomité tot de slotsom gekomen dat Marsh, in het licht van alle antwoorden, voldeed aan de niet-uitsluitings- en selectiecriteria van de aankondiging van de opdracht. Met betrekking tot de financiële beoordeling was het beoordelingscomité van mening dat Marsh de gevraagde verduidelijkingen en documenten had verstrekt en dat zijn offerte, voor perceel nr. 1, zoals verduidelijkt door de inschrijver, voldeed aan het bestek en in aanmerking kwam voor de financiële beoordeling.

124 Op 30 januari 2014 heeft de Commissie het bestreden besluit vastgesteld.

125 Uit de bovenstaande weergave van de correspondentie tussen Marsh en de Commissie blijkt echter dat laatstgenoemde spoedig geen twijfels meer kon hebben met betrekking tot het feit dat Marsh haar offerte, van 25 oktober 2013, niet heeft gebaseerd – en dus niet heeft berekend – op basis van hoofdelijke verbondenheid, dat wil zeggen de verbintenis van elk van de verzekeraars om, in voorkomend geval, de verzekeringsdekking volledig te garanderen.

126 Uiterlijk na het faxbericht van Marsh van 24 december 2013 (zie punt 120 hierboven) en zeker na de e-mail van 10 januari 2014 (zie punt 122 hierboven) had de Commissie erop moeten wijzen dat de offerte van Marsh feitelijk enkel – zoals door haar zelf is toegegeven – een gezamenlijke verbintenis van de verzekeraars voor hun eigen aandeel bevatte. De Commissie had derhalve moeten constateren dat de offerte van Marsh niet voldeed aan de voorschriften van de opdracht en tot de conclusie moeten komen dat het vervolgen van de ingeslagen weg naar de ondertekening van het contract met Marsh onverenigbaar zou zijn met de gelijke behandeling van de andere inschrijver.

127 De omstandigheid dat, nadat AIG zich had teruggetrokken en door twee andere verzekeraars was vervangen, de verzekeringsdekking die werd verschaft door het contract – ondertekend door de Commissie, Marsh en de tot slot door Marsh voorgestelde verzekeraars – uiteindelijk de hoofdelijke verbintenis van deze verzekeraars bevatte, doet in het geheel niet af aan de slotsom van punt 126 hierboven. In tegendeel, deze gang van zaken bevestigt enkel wat reeds volgt uit de correspondentie die aan het bestreden besluit voorafging.

128 Wat voor het onderhavige beroep van belang is, is niet dat de uiteindelijk door Marsh en de verzekeraars verschafte verzekeringsdekking, door deze gang van zaken, de door het bestek voorgeschreven hoofdelijkheid omvatte zonder wijziging van de prijs in de offerte van Marsh van 25 oktober 2013, maar dat de offerte van Marsh, zoals ingediend, niet voorzag in deze hoofdelijkheid en bijgevolg niet voldeed aan het bestek.

129 De verwijzing van de Commissie naar bepaalde ongewone omstandigheden, in het bijzonder de in punt 105 hierboven genoemde handgeschreven aantekening op het mandaat van AIG („Met uitzondering van de hoofdelijkheidsclausule [...]. Wij gaan niet akkoord met deze clausule") en de latere toezending van een mandaat van AIG zonder deze vermelding (zie punt 120 hierboven), laat onverlet dat de Commissie zich terdege bewust had moeten zijn van het feit dat de offerte van Marsh geen hoofdelijke verbintenis bevatte.

130 Het feit dat Marsh op verzoek van de Commissie haar vervolgens een mandaat van AIG heeft toegezonden waarop deze handgeschreven aantekening niet meer voorkwam, laat namelijk onverlet dat dit mandaat nog steeds een beperkte financiële verbintenis van de verzekeraar bevatte en dat AIG zich verbond tot naleving van de voorwaarden van de offerte „voor het deel van het contract dat zij uitvoert" (for the part of the contract it will perform). De enkele schrapping van de handgeschreven aantekening, zoals vermeld in punt 129 hierboven, betekende dus niet dat AIG niet langer de hoofdelijkheid uitsloot.

131 Bovendien – en dat is nog belangrijker – was dit mandaat van AIG zonder handgeschreven aantekening (evenals overigens de vijf andere mandaten, in dezelfde bewoordingen, van de vijf andere door Marsh voorgestelde verzekeraars) gevoegd bij het schrijven van Marsh van 24 december 2013. Uit de bewoordingen ervan (zie punt 120 hierboven) blijkt evenwel dat hierin de hoofdelijkheid van de verzekeraars uitdrukkelijk werd uitgesloten. Na lezing van dit schrijven had de Commissie met betrekking tot dit punt redelijkerwijs geen twijfels meer kunnen hebben. Per saldo had de schrapping van de handgeschreven aantekening – waardoor de formulering van alle mandaten van de door Marsh voorgestelde verzekeraars (die inzake de verbintenis van de verzekeraars allemaal de vermelding „elk voor het deel van het contract dat hij uitvoert" bevatten) gelijkluidend werden – de Commissie, samen met de bewoordingen van het faxbericht van 24 december 2013, eens temeer ervan moeten overtuigen dat de kwestie van de hoofdelijkheid in de offerte van Marsh een probleem vormde.

132 Tot slot kon – na het schrijven van 24 december 2013 – de e-mail van 10 januari 2014 (zie punt 122 hierboven) voor de Commissie enkel nog een bevestiging vormen van het ontbreken van de hoofdelijke verbondenheid van de verzekeraars in de offerte van Marsh. De Commissie kon daarom niet voorbijgaan aan het feit dat deze offerte niet voldeed aan het bestek en was gebaseerd op financiële verbintenissen die losstonden van die in de offerte van verzoekster. In plaats van te constateren dat de offerte van Marsh tekortschot en deze ter zijde te schuiven, heeft de Commissie dus in strijd met het beginsel van gelijke behandeling het contact met deze onderneming voortgezet en het bestreden besluit vastgesteld.

133 Uit het voorgaande volgt dat het eerste onderdeel van het enige middel tot nietigverklaring gegrond is.

Tweede onderdeel van het middel: schending van het beginsel van gelijke behandeling op grond van de wijziging van de offerte van Marsh na de opening van de offertes

134 Verzoekster betoogt dat de samenstelling van het door Marsh gevormde consortium na de opening van de offertes gewijzigd is. Ten minste één van de verzekeraars, te weten AIG, die de hoofdelijkheid bij de uitvoering van het contract zou hebben geweigerd, zou namelijk zijn uitgesloten.

135 Deze wijziging van de samenstelling van het door Marsh gevormde consortium na de opening van de offertes kan, volgens verzoekster, niet worden beschouwd als een in artikel 160, lid 3, van de uitvoeringsverordening bedoelde „verduidelijking" van de inhoud van de offerte of een situatie waarin „aperte schrijffouten in de inschrijving moeten worden verbeterd". Bijgevolg zou de Commissie, door deze wijziging toe te staan, inbreuk hebben gemaakt op het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, gelezen in samenhang met artikel 112, lid 1, van het Financieel Reglement en artikel 160 van de uitvoeringsverordening.

136 Tot slot zou het duidelijk zijn dat zonder die onregelmatigheid bij de gunning de aanbestedingsprocedure een andere uitkomst had kunnen hebben. Zou de Commissie namelijk de offerte wegens niet-vervulling van de voorwaarden van het bestek hebben afgewezen, dan zou de opdracht aan verzoekster zijn gegund, aangezien zij als enige andere onderneming had ingeschreven en haar offerte voldeed aan het bestek.

137 In repliek betoogt verzoekster, op basis van nieuwe informatie, dat de onrechtmatige wijzigingen van de offerte van Marsh van drieërlei aard zijn.

138 In de eerste plaats zou het bij de identiteit van de verzekeraars die Marsh hebben gemandateerd en hun financiële situatie niet gaan om een eenvoudige praktische uitvoeringsvoorwaarde van het contract. De vervanging van AIG door andere verzekeraars na de opening van de offertes zou een onrechtmatige wijziging van de offerte zijn.

139 In de tweede plaats zouden – ook al is de totale prijs van de offerte van Marsh niet veranderd – de voorwaarden voor de onderhandelingen tussen de oude en nieuwe verzekeraars ongetwijfeld anders zijn geweest dan vóór de indiening van de offerte, aangezien, in de eerste plaats, de door verzoekster geoffreerde prijs inmiddels bekend was, en, in de tweede plaats, de verzekeraars de zekerheid hadden van de gunning van de opdracht aan Marsh. Daarmee zou de uitsluiting van AIG en het voorstel van een nieuwe verdeling tussen de verzekeraars Marsh een concurrentievoordeel hebben verschaft.

140 In de derde plaats zou de Commissie Marsh hebben toegestaan om haar onrechtmatig als één inschrijver ingediende offerte zonder hoofdelijkheid „om te zetten" in een gezamenlijke offerte met hoofdelijkheid. Aangezien de verzekeraars uitdrukkelijk elke vorm van hoofdelijkheid hebben geweigerd en zich enkel voor hun deel van het contract hadden verbonden, had de Commissie Marsh niet mogen verzoeken om latere „verduidelijkingen" of „verbeteringen".

141 Door na de opening van de offertes documenten en wezenlijke wijzigingen van de offerte van Marsh te aanvaarden, zou de Commissie inbreuk hebben gemaakt op de fundamentele regel dat de gunning van een opdracht plaatsvindt op basis van de binnen de voorgeschreven termijnen ingediende offertes en niet op basis van latere elementen.

142 De Commissie bestrijdt de zienswijze van verzoekster.

143 In de eerste plaats zou Marsh hebben ingeschreven als één makelaar/inschrijver en niet als consortium. Bijgevolg zou geen sprake zijn geweest van een „wijziging van het consortium".

144 In de tweede plaats zou bij de contacten tussen de Commissie en de inschrijvers (zowel Marsh als verzoekster) vóór het besluit tot gunning van de opdracht de regelgeving op het gebied van overheidsopdrachten volledig zijn geëerbiedigd. Wat Marsh betreft zouden deze contacten hebben bestaan in verzoeken om aanvulling van de bewijsstukken met betrekking tot de selectiecriteria, verbeteringen van feitelijke vergissingen en verduidelijkingen met betrekking tot de naleving van bepaalde voorschriften van het bestek, en zulks in volledige overeenstemming met de artikelen 158, lid 3, en 160, lid 3, van de uitvoeringsverordening. De voorwaarden van de offerte van Marsh – 100 %-dekking van de in het bestek omschreven risico's en prijs van de offerte – zouden niet zijn gewijzigd.

145 In de derde plaats zou, na de gunning van de opdracht en zelfs nadat de twee raamcontracten ter ondertekening naar Marsh waren verstuurd, AIG, die zowel een van de verzekeraars zou zijn die oorspronkelijk mandaat aan Marsh hadden verleend voor het contract als de verzekeraar die met verzoekster een combinatie was aangegaan, de in het bestek voorgeschreven ondertekening van het contract hebben geweigerd. In tegenstelling evenwel tot wat verzoekster betoogt, zou geen enkele verzekeraar door de Commissie of door Marsh zijn "uitgesloten". De verzekeraar zou zelf hebben geweigerd om het verzekeringscontract te tekenen.

146 Volgens de Commissie stond het aan Marsh, die haar offerte als één makelaar/inschrijver had ingediend, om de praktische uitvoeringsvoorwaarden van het contract en de verhoudingen tussen de verschillende verzekeraars te regelen, teneinde de goede uitvoering van het contract te waarborgen, met dien verstande dat elke wijziging van de voorwaarden van de offerte uitgesloten was. Ook zou Marsh zelf hebben voorgesteld (en de Commissie zou hiermee hebben ingestemd) om AIG te vervangen door de andere verzekeraars die haar reeds een mandaat hadden verleend en door twee nieuwe verzekeraars. Bijgevolg kon het contract op 27 februari 2014 worden ondertekend.

147 Dienaangaande benadrukt de Commissie dat de vervanging van AIG niet heeft geleid tot een krachtens artikel 112, lid 1, van het Financieel Reglement verboden wijziging van de voorwaarden van de opdracht of van de oorspronkelijke offerte van Marsh, aangezien Marsh haar offerte als enig inschrijver heeft ingediend, zij op zichzelf reeds aan de selectiecriteria van de opdracht voldeed, de voorwaarden van haar offerte (100 %-dekking en prijs) ongewijzigd bleven en het door haar en de verzekeraars ondertekende contract beantwoordde (en zelfs identiek was) aan het raamcontract dat in het bestek was opgenomen.

148 Verder is de Commissie van mening dat ook na de ondertekening en de inwerkingtreding van het contract de inschrijver aan wie de opdracht is gegund zich bij de uitvoering ervan moet houden aan de offerte en het bestek. Wanneer een van de verzekeraars die het contract hebben ondertekend zich terugtrekt of in gebreke blijft, moet degene aan wie de opdracht is gegund de Commissie een alternatief bieden dat geen wijziging inhoudt van de ingediende offerte of het bestek. Verzoekster heeft zelf in haar offerte geanticipeerd op de mogelijkheid van de vervanging van de tot haar combinatie behorende verzekeraar door aan te geven dat „[w]anneer de verzekeraar, om een buiten onze macht vallende reden, genoodzaakt is de polis op te zeggen Vanbreda alles in het werk zal stellen om ervoor te zorgen dat de dekking onder de oorspronkelijk overeengekomen voorwaarden gewaarborgd is".

149 In dupliek verwijst de Commissie, met betrekking tot de bewering dat zij de offerte van Marsh in drieërlei opzicht onrechtmatig zou hebben gewijzigd (identiteit en aandeel van de verzekeraars, aard van de offerte), naar het verweerschrift en brengt hierbij de navolgende preciseringen aan. Om te beginnen zou de vervanging van een van de verzekeraars zijn gebeurd zonder wijziging van de voorwaarden van de offerte (100 %-dekking, hoofdelijke verbondenheid van de verzekeraars en prijs). Voorts zouden de aandelen in de deelname onder de interne verhoudingen tussen de verzekeraars, die Marsh hebben gemandateerd voor de uitvoering van het contract, vallen en niet onder de opdracht zelf. Met betrekking tot, ten slotte, de beweerde omzetting van de door één inschrijver ingediende offerte zonder hoofdelijkheid in een gezamenlijke offerte met hoofdelijkheid verwijst de Commissie naar haar betoog dat geen sprake is geweest van een dergelijke omzetting.

150 Ingevolge artikel 112, lid 1, van het Financieel Reglement mogen, zolang de aanbestedingsprocedure loopt, de contacten tussen de aanbestedende dienst en de gegadigden of inschrijvers slechts plaatshebben onder voorwaarden die transparantie en een gelijke behandeling garanderen. Zij mogen niet leiden tot wijziging van de voorwaarden van de opdracht of van de oorspronkelijke offerte.

151 Artikel 160 van de uitvoeringsverordening bepaalt dat contacten tussen de aanbestedende dienst en de inschrijvers gedurende de procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht bij wijze van uitzondering zijn toegestaan. Na de opening van de inschrijvingen mag de aanbestedende dienst,

indien een inschrijving verduidelijking behoeft of indien aperte schrijffouten in de inschrijving moeten worden verbeterd, met de inschrijver contact opnemen, met dien verstande dat dit niet mag leiden tot wijziging van de voorwaarden van de inschrijving.

152 In de onderhavige zaak blijkt uit de elementen die in het kader van het eerste onderdeel van het enige middel zijn onderzocht dat de contacten die na de opening van de offertes tussen Marsh en de Commissie hebben plaatsgevonden onder andere betrekking hadden op de hoofdelijke verbondenheid, zijnde een wezenlijke voorwaarde van het bestek.

153 Uit deze contacten is gebleken dat de offerte van Marsh van 25 oktober 2013 feitelijk niet de door het bestek voorgeschreven hoofdelijke verbondenheid bevatte en dat, bijgevolg, de prijs van de offerte van Marsh niet kon worden geacht te zijn opgesteld overeenkomstig de bepalingen van de opdracht.

154 In plaats van onmiddellijk hieraan gevolgen te verbinden en de opdracht niet aan Marsh te gunnen, temeer daar in casu de opdracht aan de offerte met de laagste prijs moest worden gegund, is de Commissie tot deze gunning overgegaan. Nadat een verzekeraar de hoofdelijke verbondenheid en de ondertekening van het contract had geweigerd, is deze verzekeraar door twee nieuwe verzekeraars vervangen, zijn de aandelen in de verbintenis opnieuw verdeeld en is uiteindelijk het contract door de Commissie, enerzijds, en Marsh en zeven verzekeraars, anderzijds, ondertekend.

155 Ter onderbouwing van haar standpunt wijst de Commissie erop dat wanneer een van de verzekeraars die het contract hebben ondertekend in gebreke blijft of zich terugtrekt, degene aan wie de opdracht is gegund haar een alternatief moet bieden dat geen wijziging van de offerte of het bestek inhoudt.

156 In het onderhavige geval ging het evenwel niet om een situatie waarin een verzekeraar na de ondertekening van het contract zich heeft teruggetrokken of in gebreke is gebleven, in welk geval degene aan wie de opdracht is gegund inderdaad de contractuele verplichting heeft om de continuïteit van de uitvoering van het overeengekomene te waarborgen, maar om een terugtrekking die plaatsvond vóór de ondertekening van het contract, waarop bijgevolg de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten van toepassing waren.

157 Uit het voorgaande volgt dat de contacten die zijn gelegd tussen de Commissie en Marsh feitelijk – in strijd met de voor overheidsopdrachten geldende voorschriften en, in het bijzonder, het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers – zijn uitgemond in een wezenlijke wijziging van de voorwaarden van de oorspronkelijke offerte van Marsh.

158 Bijgevolg is ook het tweede onderdeel van het middel tot nietigverklaring gegrond.

Conclusie met betrekking tot de vordering tot nietigverklaring

159 Gelet op het voorgaande en zelfs zonder dat uitspraak behoeft te worden gedaan over het derde onderdeel van het middel, ontleend aan schending van het transparantiebeginsel, moet het onderhavige middel worden aanvaard en moet het bestreden besluit bijgevolg nietig worden verklaard.

Vordering tot schadevergoeding

160 Verzoekster zegt te hebben aangetoond dat de Commissie verschillende onregelmatigheden heeft begaan die elk afzonderlijk of op zijn minst tezamen een voldoende gekwalificeerde schending van het recht van de Unie opleveren.

161 Het geleden nadeel bestaat volgens verzoekster in het verlies van een kans om de opdracht te verwerven, ja zelfs de zekerheid van niet-gunning, het verlies van referenties en immateriële schade.

162 Verzoekster raamt deze totale schade ex aequo et bono op een forfaitair bedrag van 1 000 000 EUR.

163 Volgens haar lijdt het geen twijfel dat wanneer de Commissie in het kader van de gunning van de opdracht geen onregelmatigheid zou hebben begaan, de administratieve procedure wellicht een andere uitkomst zou hebben gehad. Zou de Commissie namelijk de offerte van Marsh hebben afgewezen, dan zou de opdracht aan haar zijn gegund, aangezien zij als enige andere onderneming had ingeschreven en haar offerte voldeed aan het bestek.

164 Ook zou buiten kijf staan dat een opdracht die betrekking heeft op verzekeringscontracten ter dekking van het risico van brand en hiermee samenhangende schade aan de gebouwen en de inboedel voor alle betrokken Europese instellingen een zeer belangrijke referentie vormt voor soortgelijke aanbestedingen. Naast het enkele feit dat dergelijke contracten belangrijke referenties zijn, zouden de verklaringen inzake de goede uitvoering ervan van wezenlijk belang zijn voor de fase van de technische selectie bij toekomstige aanbestedingen. Overigens dienden bij de onderhavige aanbestedingsprocedure dergelijke verklaringen te worden overgelegd. Volgens verzoekster is het duidelijk dat, aangezien de opdracht niet aan haar is gegund, zij niet haar voordeel kan doen met de verklaringen inzake de goede uitvoering van deze op verschillende Europese instellingen betrekking hebbende opdracht.

165 Tot slot zou het feit dat de Commissie niet heeft gekozen voor de offerte van verzoekster, hoewel zij als enige in het kader van de procedure een offerte heeft ingediend die voldeed aan de voorwaarden, strijdig zijn met het gewettigde vertrouwen van verzoekster dat haar de opdracht zou worden gegund en haar immateriële schade hebben berokkend.

166 In repliek herhaalt verzoekster dat zij eerst en vooral de opdracht wil uitvoeren. Bijgevolg vordert zij volledige en vervangende schadevergoeding voor zover deze uitvoering tot het arrest van het Gerecht niet aan haar zou worden toegewezen.

167 Volgens verzoekster heeft zij de fout van de Commissie reeds in voldoende mate aangetoond en gaat het om reële en zekere schade. De wettelijke mogelijkheid om af te zien van de aanbesteding en opnieuw te beginnen met een andere procedure was, gelet op de omstandigheden van deze zaak, een louter theoretische optie. De opdracht zou vrijwel zeker aan verzoekster zijn gegund. Zuiver financieel gesproken, vertegenwoordigen de contracten over vier jaar bezien een waarde van 3 742 000 EUR. Verzoekster blijft erbij immateriële schade als gevolg van het verlies van referenties en aanzien te hebben geleden. Verzoekster houdt daarom staande dat haar schade op 1 000 000 EUR kan worden geraamd.

168 De Commissie bestrijdt enig onrechtmatig handelen. Subsidiair ontkent zij zich schuldig te hebben gemaakt aan een kennelijke en ernstige overschrijding van de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid. Uit de feiten van de zaak blijkt juist dat zij onverwijld alles te goeder trouw in het werk heeft gesteld om te waarborgen dat de aanbestedingsprocedure volgens alle relevante voorschriften verliep, te verifiëren dat de ingediende offertes voldeden aan het bestek en ervoor te zorgen dat het nieuwe verzekeringscontract zodanig tijdig in werking zou treden dat de aanbestedende dienst voor 100 % verzekerd zou zijn.

169 Met betrekking tot het geleden nadeel zou verzoekster zeer kort verwijzen naar de vergoeding van drie soorten schades die zij zou hebben geleden. Zij zou niet hebben aangetoond dat het bij het beweerde nadeel gaat om reële en zekere schade.

170 De Commissie is, in de eerste plaats, van mening dat waar het gaat om het verlies van een kans op gunning van de opdracht verzoekster niets heeft verloren, aangezien zij niet de laagste prijs had geoffreerd en de Commissie geen enkele reden had om de offerte van Marsh uit te sluiten of als niet in overeenstemming met het bestek aan te merken.

171 Met betrekking tot, in de tweede plaats, het verlies van referenties zou geen sprake van reële en zekere schade. Om te beginnen belemmert het ontbreken van een nieuwe referentie op zichzelf verzoekster niet om deel te nemen aan soortgelijke toekomstige aanbestedingen. Voorts is deze schade hypothetisch van aard. Verzoekster kan namelijk niet stellen dat zij ongetwijfeld een verklaring inzake de goede uitvoering van deze opdracht zou hebben ontvangen, aangezien de verkrijging van deze verklaring samenhangt met de concrete uitvoering van het contract en niet vooraf kan worden gegarandeerd.

172 In de derde plaats zou verzoekster de immateriële schade niet substantiëren, maar enkel beweren dat de niet-gunning van de opdracht ingaat tegen haar „gewettigd vertrouwen". De aanbestedende dienst heeft evenwel op geen enkel moment een gewettigd vertrouwen of rechtmatige verwachting ten aanzien van de gunning van de opdracht bij verzoekster doen rijzen.

173 In dupliek stelt de Commissie dat het contract ten behoeve van verzoekster is opgeschort en een procedure van gunning via onderhandelingen heeft plaatsgevonden die is uitgemond in een gezamenlijk contract met een looptijd vanaf 17 februari 2015 van ten hoogste 18 maanden. Bij de vaststelling van de schade zouden deze elementen in aanmerking moeten worden genomen.

174 Al met al zou de schade noch reëel, noch zeker, noch specifiek van aard zijn. Zou het bestek strikt zijn uitgelegd of had de offerte van Marsh als een gezamenlijke offerte moeten worden aangemerkt, dan had de offerte van verzoekster niet als geldig kunnen worden aangemerkt.

175 Voorts had de Commissie heel goed kunnen afzien van de litigieuze aanbestedingsprocedure.

176 De Commissie betwist de hoogte van de beweerde schade. Bij de aangevoerde winstderving gaat het niet om een nadeel dat is geleden door verzoekster, welke slechts een voor eigen rekening handelende makelaar zou zijn.

177 Met betrekking tot het argument dat de immateriële schade voortvloeit uit de beweerde uitzonderlijke aard van de opdracht is de Commissie van mening dat van een dergelijke uitzonderlijke aard helemaal geen sprake is.

178 Volgens artikel 340, tweede alinea, VWEU moet de Unie, inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid, overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben, de schade vergoeden die door haar instellingen of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt.

179 Volgens vaste rechtspraak is de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie in de zin van artikel 340, tweede alinea, VWEU wegens onrechtmatig gedrag van haar organen afhankelijk van een aantal voorwaarden, te weten onrechtmatigheid van het aan de instellingen verweten gedrag, werkelijk geleden schade en een causaal verband tussen dat gedrag en de gestelde schade (arresten van 29 september 1982, Oleifici Mediterranei/EEG, 26/81, Jurispr., EU:C:1982:318, punt 16; 9 september 2008, FIAMM e.a./Raad en Commissie, C-120/06 P en C-121/06 P, Jurispr., EU:C:2008:476, punten 106 en 164-166; 9 september 2010, Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-300/07, Jurispr., EU:T:2010:372, punt 137, en 16 oktober 2014, Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-297/12, EU:T:2014:888, punt 28). Om te voldoen aan de voorwaarde dat de aan de instelling verweten gedraging onrechtmatig is, eist de rechtspraak een voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel die ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen. Beslissend voor de vaststelling dat een schending voldoende gekwalificeerd is, is het criterium van de kennelijke en ernstige overschrijding door de betrokken instelling of het betrokken orgaan van de Unie van de aan de beoordelingsbevoegdheid ervan gestelde grenzen (zie in die zin arresten van 4 juli 2000, Bergaderm en Goupil/Commissie, C-352/98 P, Jurispr., EU:C:2000:361, punten 42-44; 10 december 2002,

Commissie/Camar en Tico, C-312/00 P, Jurispr., EU:C:2002:736, punt 54, alsook arresten AFCon Management Consultants e.a./Commissie, punt 65 supra, EU:T:2005:107, punt 93, en Evropaïki Dynamiki/Commissie, reeds aangehaald, EU:T:2014:888, punt 29).

180 Met betrekking tot de onrechtmatigheid als voorwaarde voor het ontstaan van aansprakelijkheid zij erop gewezen dat met name een schending door de Commissie van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers is geconstateerd. Door het beginsel van gelijke behandeling, waarvan de naleving essentieel is voor de rechtmatigheid van openbare-aanbestedingsprocedures, te schenden, heeft de Commissie een rechtsregel geschonden die ertoe strekt particulieren rechten toe te kennen (zie in die zin arrest AFCon Management Consultants e.a./Commissie, punt 65 supra, EU:T:2005:107, punt 91, en arrest van 2 maart 2010, Arcelor/Parlement en Raad, T-16/04, Jurispr., EU:T:2010:54, punt 134).

181 Verder gaat het in het onderhavige geval om een voldoende gekwalificeerde schending. Door namelijk de openbare aanbestedingsprocedure met Marsh onder de in de punten 102 tot en met 128 en 151 tot en met 156 hierboven beschreven omstandigheden te doorlopen, heeft de Commissie de aan haar beoordelingsbevoegdheid gestelde grenzen kennelijk en ernstig overschreden.

182 Met betrekking tot de werkelijk geleden schade en het causaal verband tussen de onrechtmatigheid en de schade als voorwaarden voor het ontstaan van aansprakelijkheid is de Commissie, meer in het bijzonder met betrekking tot het causaal verband, van mening dat wanneer het bestek strikt zou zijn uitgelegd of de offerte van Marsh als een gezamenlijke offerte had moeten worden aangemerkt, de offerte van verzoekster niet als geldig had kunnen worden aangemerkt.

183 Deze argumentatie omvat twee aspecten.

184 In de eerste plaats betoogt de Commissie hiermee dat de door haar verdedigde niet-restrictieve uitlegging van de aanbesteding, volgens welke een door één makelaar/inschrijver ingediende offerte toelaatbaar was, ook in het voordeel was van verzoekster, van wie de offerte in het geval van een restrictieve uitlegging niet als geldig had kunnen worden beschouwd. De Commissie is derhalve van mening dat in het geval van de door verzoekster bepleite restrictieve uitlegging de offerte van laatstgenoemde hoe dan ook zou zijn uitgesloten. Bijgevolg zou er geen causaal verband bestaan tussen de fout van de Commissie, die in feite de belangen van verzoekster zou hebben gediend, en de afwijzing van de offerte van laatstgenoemde.

185 Dit argument moet worden afgewezen.

186 Zoals is geconstateerd in het kader van het onderzoek van het eerste onderdeel van het enige middel tot nietigverklaring verzetten namelijk zowel de voorwaarden als de opzet van de aanbesteding zich tegen de indiening van een offerte door één makelaar/inschrijver, terwijl deze voorwaarden en opzet geenszins in de weg stonden aan de indiening van een gezamenlijke offerte door een combinatie bestaande uit een makelaar en een enkele verzekeraar.

187 Het is weliswaar denkbaar dat een gezamenlijke offerte, in het bijzonder in de context – zoals in het onderhavige geval – van de dekking van omvangrijke risico's interessanter kan zijn voor verschillende verzekeraars die via een makelaar hun krachten bundelen, dan voor een enkele verzekeraar die zich door een makelaar laat vertegenwoordigen. Deze omstandigheid mag dan wellicht verklaren waarom in de aanbestedingsdocumenten zo vaak het meervoud („de verzekeraars") is gebruikt, maar kan niet de uitsluiting rechtvaardigen van de indiening van een offerte door een combinatie die bestaat uit een makelaar en een enkele verzekeraar.

188 Voorts is de indiening van een offerte door een dergelijke combinatie niet strijdig met de opzet van het stelsel dat door de aanbesteding in het leven is geroepen. Het spreekt namelijk voor zich dat, anders dan wanneer sprake is van een offerte van één makelaar/inschrijver, in het geval van een gezamenlijke

offerte, of deze nu van een of van verschillende door een makelaar vertegenwoordigde verzekeraars afkomstig is, de inlichtingen die in het kader van de aanbesteding moeten worden verstrekt betrekking hebben op elk lid van de combinatie.

189 Bovendien zou een uitlegging van het bestek die de indiening van een gezamenlijke offerte door een combinatie van een verzekeraar en de makelaar die hem vertegenwoordigt uitsluit, maar de indiening van een offerte door één verzekeraar/inschrijver of van een gezamenlijke offerte door een combinatie van twee door een makelaar vertegenwoordigde verzekeraars wel toestaat, strijdig zijn – bij gebreke van enige objectieve rechtvaardiging – met het beginsel van gelijke behandeling.

190 In repliek zet de Commissie uiteen dat zij bij de opstelling van het bestek de verwachting had offertes te ontvangen van een enkele verzekeraar of van verschillende verzekeraars in de vorm van een consortium, al dan niet vertegenwoordigd door een eerste verzekeraar of een makelaar. Zij rechtvaardigt evenwel niet – en al helemaal niet overtuigend – waarom de indiening van een gezamenlijke offerte door een verzekeraar en een makelaar niet beantwoordt aan de voorwaarden van de aanbesteding.

191 Tot slot zij er, ten overvloede, op gewezen dat met betrekking tot de gezamenlijke offertes, artikel 5.1, derde alinea, van de technische specificaties, betreffende de ondertekening van het verzekeringscontract, bepaalt dat „ [i]n geval van een inschrijving door verschillende hoofdelijk verbonden verzekeraars, die als consortium optreden en worden vertegenwoordigd door een makelaar, [...] bij gunning het contract door elke verzekeraar en de makelaar gezamenlijk [moet] worden ondertekend”. Voorts schrijft deze bepaling voor dat „[i]n een dergelijk geval [...] de inschrijver/inschrijvers eveneens [garandeert/garanderen] dat de aanbestedende dienst zonder onderbreking gedurende de gehele contractperiode volledig verzekerd (100 %-dekking) is” en dat „[d]e makelaar [...] zijn vergoeding rechtstreeks van de verzekeraar(s) [ontvangt]”. Bovendien moet ingevolge de technische specificaties onder „contractant” worden verstaan „de verzekeringsmaatschappij of verzekeringsonderneming, waarbij het contract wordt ondertekend en die te dien einde in de bijzondere voorwaarden wordt aangeduid”.

192 Dit herhaaldelijke gebruik van het enkelvoud [„verzekeraar(s)”, „de verzekeringsmaatschappij of verzekeringsonderneming”] bevestigt de in de punten 185 tot en met 190 hierboven reeds voldoende uiteengezette redenering dat de aanbesteding de indiening van een gezamenlijke offerte door een combinatie van een makelaar en een enkele verzekeraar niet uitsloot.

193 In de tweede plaats wordt in het in punt 182 hierboven weergegeven betoog ervan uitgegaan dat wanneer de offerte van Marsh als een gezamenlijke offerte had moeten worden beschouwd, de offerte van verzoekster niet als geldig had kunnen worden aangemerkt, omdat in dat geval een en dezelfde verzekeraar (AIG) tegelijkertijd in twee offertes zou zijn opgenomen.

194 Los van het feit dat niet is aangetoond dat de door de Commissie bedoelde gang van zaken automatisch – in de concrete omstandigheden van de zaak – de vermeende gevolgen zou hebben gehad (zie in die zin en naar analogie arresten van 19 mei 2009, Assitur, C-538/07, Jurispr., EU:C:2009:317, punt 30; 23 december 2009, Serrantoni en Consorzio stabile edili, C-376/08, Jurispr., EU:C:2009:808, punten 38-42 en 46 en dictum, en 13 december 2012, Forposta en ABC Direct Contact, C-465/11, Jurispr., EU:C:2012:801, punt 14) moet worden geconstateerd dat dit scenario niet overeenkomt met de werkelijkheid. De offerte van Marsh is immers geen gezamenlijke offerte, maar de door één makelaar/inschrijver ingediende offerte die daarom niet voldoet aan het bestek en op die grond en om de in het kader van het onderzoek van het eerste onderdeel van het middel tot nietigverklaring uiteengezette redenen door de Commissie had moeten zijn afgewezen. Het argument van de Commissie moet dus worden afgewezen.

195 Naast het voorafgaande betoogt de Commissie dat de gestelde schade noch reëel, noch zeker, noch door verzoekster zelf is geleden, en, subsidiair, dat de opschorting van het contract van Marsh en de gunning van het vervangend contract in aanmerking moeten worden genomen.

196 Met betrekking tot, in de eerste plaats, het vermeende verlies van de kans op gunning van de opdracht, zij erop gewezen dat verzoeksters offerte volgens de Commissie voldeed aan het bestek, dat zij buiten die van Marsh de enige offerte was, en dat niet verzoeksters offerte maar die van Marsh is gekozen op grond dat laatstgenoemde de laagste prijs bevatte.

197 Hieruit volgt dat wanneer de offerte van Marsh niet in overeenstemming met het bestek zou zijn bevonden op grond dat zij, in strijd met de voorwaarden van de aanbesteding, afkomstig was van één makelaar/inschrijver, dan wel wanneer deze offerte zou zijn afgewezen op grond dat zij niet voorzag in de hoofdelijkheid van de voorgestelde verzekeraars, verzoekster een goede uitgangspositie zou hebben gehad om de opdracht te verwerven.

198 De Commissie heeft hier weinig tegen in te brengen. Onder verwijzing naar de reeds in de punten 184 tot en met 194 hierboven weerlegde argumenten herhaalt zij enkel dat zij geen onrechtmatigheid heeft begaan en, hoe dan ook, had kunnen afzien van de litigieuze aanbesteding en een nieuwe procedure had kunnen inleiden die verzoekster geen enkele zekerheid op verwerving van de litigieuze opdracht zou hebben geboden.

199 Wat dit laatste punt betreft zij erop gewezen dat het feit dat de aanbestedende dienst tot op het ogenblik van de ondertekening van het contract van de opdracht kan afzien of de procedure voor het plaatsen van de opdracht kan annuleren, zonder dat de gegadigden of inschrijvers aanspraak kunnen maken op enige schadeloosstelling (artikel 114 van het Financieel Reglement), onverlet laat dat noch het afzien van de opdracht, noch het annuleren van de procedure ook werkelijk heeft plaatsgevonden en dat, in het onderhavige geval, zonder de door de Commissie begane onrechtmatigheden, verzoeksters kansen om de opdracht te verwerven erg groot waren.

200 Gezien alle omstandigheden van deze zaak lijken de kansen die verzoekster – zonder de door de Commissie begane onrechtmatigheden – zou hebben gehad om de opdracht te verwerven, te kunnen worden ingeschat op 90 %.

201 In haar beroepschrift stelt verzoekster dat haar totale schade, rekening houdend met het verlies van een kans om de opdracht te verwerven, het verlies van referenties en de immateriële schade, ex aequo et bono op een bedrag van 1 000 000 EUR kan worden geraamd.

202 Verzoekster splitst dit bedrag niet uit naar de drie soorten schade die zij zou hebben geleden, maar vermeldt als referentiewaarde het bedrag van het misgelopen contract (3 742 300 EUR) en geeft hierbij aan dat het bij deze waarde gaat om de in de offerte opgenomen prijs per jaar (935 574 EUR/jaar), vermenigvuldigd met de looptijd van het contract van vier jaar. Verzoekster benadrukt de zwaarte van de immateriële schade in het licht van de omvang van de opdracht uitgedrukt in geld („ettelijke miljoenen”) en in tijd (vier jaar).

203 De Commissie is, ervan uitgaande dat het gevorderde bedrag wordt berekend onder verwijzing naar de jaarlijkse waarde van de opdracht, van mening dat in dit bedrag, dat dicht bij deze jaarlijkse waarde ligt, noodzakelijkerwijs de vergoeding van AIG is opgenomen en dat dit bedrag derhalve slechts voor een beperkt deel overeenkomt met hetgeen verzoekster ontvangt. De Commissie betwist daarom dit bedrag en betoogt hierbij dat, in het onderhavige beroep, verzoekster alleen voor zichzelf handelt en dus enkel vergoeding van de door haarzelf geleden schade kan vorderen.

204 De Commissie betwist tevens de schade als gevolg van het verlies van referenties. Het ontbreken van een nieuwe referentie zou op zichzelf niet de mogelijkheid van verzoekster belemmeren om deel te nemen aan soortgelijke toekomstige aanbestedingen. Ten aanzien van het verlies van een verklaring

inzake de goede uitvoering van deze opdracht is de Commissie van mening dat een dergelijke verklaring per definitie een goede uitvoering van het contract vereist. De beweerde immateriële schade zou niet reëel en zeker van aard zijn.

205 Om te beginnen wordt de veronderstelling, waarop de Commissie haar eerste bezwaar, zoals weergegeven in punt 203 hierboven, baseert, weersproken door de elementen van het dossier dat aan het Gerecht is overgelegd. Uit verzoeksters memories volgt namelijk dat bij de berekening van het gevorderde bedrag niet is uitgegaan van de jaarlijkse waarde van de opdracht, maar van de totale waarde van de opdracht gedurende vier jaar. Dit volgt duidelijk uit het verband dat verzoekster legt tussen het gevorderde bedrag en deze laatste waarde, alsmede uit de verwijzing naar het feit dat de opdracht een looptijd van vier jaar heeft en een waarde van ettelijke miljoenen vertegenwoordigt (zie punt 202 hierboven).

206 Daarom, en aangezien dit gevorderde bedrag slechts iets meer dan een vierde van de waarde van de opdracht gedurende vier jaar bedraagt en verzoekster zich bovendien beroept op het verlies van een nagenoeg zekere kans op verwerving van de opdracht, kan dit gevorderde bedrag logischerwijs enkel overeenkomen met de schade die deze partij als door haarzelf geleden schade aanmerkt. In het omgekeerde geval zou verzoekster, die van mening is een nagenoeg zekere kans op verwerving van de opdracht te hebben verloren, logischerwijs voor zichzelf en voor de verzekeraar een veel hogere bedrag hebben gevorderd, namelijk een schadevergoeding die in verhouding staat tot de waarde van de opdracht over vier jaar bezien.

207 Met betrekking tot de vraag of verzoekster bij de berekening van de schade terecht uitgaat van de looptijd van vier jaar van het contract, zij erop gewezen dat de aankondiging van de opdracht vermeldde dat de duur van de opdracht 48 maanden bedroeg (punt II.3 van de aankondiging van de opdracht, punt 4 van perceel nr. 1) en dat de volgende aankondiging van de opdracht 36 maanden na de gunning zou worden gepubliceerd (punt VI.1 van de aankondiging van de opdracht). Met betrekking tot het bij de uitnodiging tot inschrijving gevoegde raamdienstencontract, was bepaald dat „[h]et contract wordt gesloten voor de duur van 12 maanden" (artikel I.2.3 van het raamcontract) en dat „[h]et ten hoogste drie keer stilzwijgend wordt verlengd, telkens voor een looptijd van 12 maanden, tenzij de aanbestedende dienst de contractant op de hoogte brengt van zijn voornemen om het contract niet te verlengen en deze mededeling 6 maanden vóór de voltooiing van de taken van de voorafgaande periode plaatsvindt" (artikel I.2.4 van het raamcontract). Bovendien regelde het raamcontract de herziening van de prijzen en de jaarpremie onder verwijzing naar het „eerste jaar van de uitvoering van het contract", het „tweede jaar van de uitvoering van het contract" en „elk jaar van de uitvoering van het contract" (artikel I.3.2 van het raamcontract). De technische specificaties vermeldden hetzelfde (zie punt 9.2 van de technische specificaties).

208 Uit de gecombineerde lezing van deze bepalingen volgt dat verzoekster in haar beroepschrift terecht haar vordering tot schadevergoeding baseert op de volledige looptijd van de opdracht. Het gaat immers om een opdracht met een looptijd van vier jaar die hooguit een enkel voor de aanbestedende dienst en onder strikte procedurele voorwaarden openstaande mogelijkheid van een jaarlijkse niet-verlenging kent. Niettemin dient bij de bepaling van de schade rekening te worden gehouden met de onzekerheid die het gevolg is van deze mogelijkheid van jaarlijkse niet-verlenging.

209 Uit verzoeksters memories volgt voorts niet dat zij ter vermindering van haar vordering tot schadevergoeding rekening heeft gehouden met de kosten van de uitvoering van het contract die zij zou hebben moeten dragen, wanneer zij de opdracht zou hebben verworven. Deze kosten kunnen evenwel niet aan de hand van het dossier worden bepaald. Bovendien kan, indien de bewoordingen van het beroepschrift de slotsom rechtvaardigen dat verzoekster enkel de vergoeding van haar eigen schade vordert, op basis van het dossier niet worden nagegaan wat het aandeel van verzoekster in de totale waarde van de opdracht is.

210 Verder zij opgemerkt dat verzoekster, hoewel zij in 2014 inderdaad een kans heeft gemist om een opdracht met een looptijd van vier jaar te verwerven, niettemin op 17 februari 2015, dat wil zeggen zo'n elf maanden en twee weken na de inwerkingtreding van het litigieuze contract, de verzekeringsopdracht heeft verworven die door middel van een procedure van gunning via onderhandelingen door de Commissie was aanbesteed na de beschikking Vanbreda Risk & Benefits/Commissie, punt 33 supra (EU:T:2014:1024). Tevens zij er, met verzoekster, op gewezen dat laatstgenoemd contract is gesloten voor een maximale duur van 18 maanden, dat wil zeggen tot 17 augustus 2016, terwijl het contract waar het in de onderhavige zaak om gaat normaal gesproken in maart 2018 zou eindigen.

211 Ook deze omstandigheden kunnen van invloed zijn op het bedrag van de door verzoekster geleden schade. Bovendien merkt zij zelf in haar memories op dat haar vordering tot vervangende schadevergoeding slechts van toepassing is wanneer geen nakoming plaatsvindt en dat wanneer een dergelijke nakoming vertraagd plaatsvindt het nadeel naargelang deze vertraging moet worden bepaald.

212 Uit het voorgaande volgt dat hoewel met betrekking tot het verlies van een kans om de opdracht binnen te halen het bestaan van een vergoedbare schade in beginsel in voldoende mate is aangetoond, de omvang van deze schade nu niet afdoende kan worden bepaald om het Gerecht in staat te stellen zich uit te spreken over de grondslag van het door verzoekster gevorderde bedrag of om een ander bedrag vast te stellen.

213 In de tweede plaats moet wat betreft het verlies van referenties – waaronder volgens verzoekster het verlies van verklaringen inzake de goede uitvoering valt – deze laatste schadepost, voor zover hiermee dergelijke verklaringen worden beoogd, van meet af aan worden uitgesloten. De afgifte van dergelijke verklaringen hangt immers niet af van de gunning van de opdracht, maar van de toekomstige en hypothetische omstandigheid van een goede uitvoering van deze opdracht.

214 Wat daarentegen de referenties van de verwerving van de opdracht zelf betreft, die de facto zouden zijn voortgevloeid uit de verkrijging door verzoekster van de opdracht, staat het buiten kijf dat verzoekster, in dezelfde omvang als haar verlies van de kans om de opdracht te verwerven, een kans om hierover te beschikken heeft verloren. Maar ook ten aanzien hiervan beschikt het Gerecht over onvoldoende elementen om vast te stellen welk deel van het door verzoekster gevorderde bedrag tot het verlies van een kans om de opdracht te verwerven behoort en welk deel tot het verlies van de mogelijkheid om referenties te verkrijgen.

215 Met betrekking tot, in de derde plaats, de immateriële schade die het gevolg zou zijn geweest van het feit dat de Commissie, in strijd met het gewettigd vertrouwen van verzoekster die de enige met het bestek overeenstemmende offerte zou hebben ingediend, de opdracht aan een derde heeft gegund, is de Commissie van mening dat verzoekster enkel de onrechtmatigheid van haar handelwijze inroept en dat zij op geen enkel moment een gewettigd vertrouwen of rechtmatige verwachting zou hebben gehad dat de opdracht aan haar zou worden gegund. In repliek gaat verzoekster niet in op deze laatste overweging, maar stelt zij dat haar immateriële schade bestaat uit een verlies aan referenties en reputatie.

216 De Commissie heeft op geen enkel moment bij verzoekster een gewettigd vertrouwen of rechtmatige verwachting ter zake van de verwerving van de opdracht doen rijzen. Wat betreft de immateriële schade die zou voortvloeien uit de onrechtmatigheid van het bestreden besluit, is het vaste rechtspraak dat de vaststelling door de rechter van deze onrechtmatigheid in beginsel voldoende herstel van een dergelijke schade oplevert (zie in die zin arrest van 6 juni 2006, Girardot/Commissie, T-10/02, JurAmbt., EU:T:2006:148, punt 131). De beweerde immateriële schade die het gevolg zou zijn van een verlies van referenties en reputatie valt deels samen met het hierboven reeds onderzochte verlies van referenties en vormt, wat het verlies van reputatie betreft, geen reële en zekere schade.

217 Gelet op het voorgaande, waaruit volgt dat het Gerecht – hoewel het met betrekking tot de vordering tot schadevergoeding een aantal punten heeft kunnen vaststellen – niet over voldoende informatie beschikt om het gevorderde bedrag te kunnen bevestigen of zelf de hoogte van de geleden schade te kunnen berekenen, dient verzoeksters vordering tot schadevergoeding te worden toegewezen, voor zover zij strekt tot vergoeding van het verlies van een kans om de litigieuze opdracht binnen te halen en om referenties voor het verwerven van soortgelijke opdrachten te verkrijgen, en voor het overige te worden verworpen. Wat het bedrag betreft dat als vergoeding kan worden betaald wegens het verlies van een kans, moet partijen, onverminderd een latere beslissing van het Gerecht, worden verzocht om tegen de achtergrond van de voorgaande overwegingen overeenstemming over dit bedrag te bereiken, en binnen zes maanden na de uitspraak van dit arrest het in onderlinge overeenstemming vastgestelde te betalen bedrag mee te delen aan het Gerecht of, bij gebreke daarvan, binnen dezelfde termijn hun berekeningen en het bewijs dat nodig is om de gegrondheid ervan te beoordelen aan het Gerecht toe te zenden.

Kosten

218 De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.

HET GERECHT (Zesde kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het besluit van de Commissie van 30 januari 2014 tot afwijzing van de offerte die Vanbreda Risk & Benefits had ingediend voor perceel nr. 1 in aanbesteding OIB.DR.2/PO/2013/062/591 betreffende de verzekering van goederen en personen (PB 2013/S 155-269617) en tot gunning van dit perceel aan een andere vennootschap, wordt nietig verklaard.

2) De Europese Unie moet de schade vergoeden die Vanbreda Risk & Benefits heeft geleden door het verlies van een kans om voornoemde opdracht toegewezen te krijgen en het verlies van referenties voor het verwerven van soortgelijke opdrachten.

3) Het verzoek tot schadevergoeding wordt afgewezen voor het overige.

4) Partijen zullen het Gerecht binnen zes maanden na de uitspraak van dit arrest het in onderlinge overeenstemming becijferde bedrag van de vergoeding meedelen.

5) Bij ontbreken van overeenstemming zullen partijen binnen dezelfde termijn hun berekeningen aan het Gerecht toezenden.

6) De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.

Frimodt Nielsen Dehousse Collins

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 29 oktober 2015.

ondertekeningen

Inhoud

Voorgeschiedenis van het geding 1

Procedure en nieuwe ontwikkelingen in de loop van het geding 4

In rechte 6

Vordering tot nietigverklaring 6

Eerste onderdeel van het middel: schending van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, van artikel 111, lid 5, en van artikel 113, lid 1, van het Financieel Reglement, van artikel 146, leden 1 en 2, van artikel 149, lid 1, en van artikel 158, leden 1 en 3, van de uitvoeringsverordening, alsmede van het bestek 6

– Ontvankelijkheid van bepaalde in repliek aangevoerde argumenten 9

– Onrechtmatigheid van de deelname van Marsh aan de aanbestedingsprocedure als één makelaar/inschrijver 10

– Schending van het beginsel van gelijke behandeling door de contacten tussen de Commissie en Marsh na de opening van de offertes 15

Tweede onderdeel van het middel: schending van het beginsel van gelijke behandeling op grond van de wijziging van de offerte van Marsh na de opening van de offertes 21

Conclusie met betrekking tot de vordering tot nietigverklaring 24

Vordering tot schadevergoeding 24

Kosten 32