Zbiór Orzeczeń

WYROK SĄDU (szósta izba)

z dnia 29 października 2015 r.*

Zamówienia publiczne na usługi — Postępowanie przetargowe — Świadczenie usług ubezpieczenia mienia i osób — Odrzucenie oferty jednego z oferentów — Udzielenie zamówienia innemu oferentowi — Równość traktowania — Wystarczająco istotne naruszenie normy prawnej przyznającej uprawnienia jednostkom — Odpowiedzialność pozaumowna — Utrata szansy — Wyrok wstępny

W sprawie T-199/14

Vanbreda Risk & Benefits, mająca siedzibę w Antwerpii (Belgia), reprezentowana przez adwokatów, początkowo P. Teerlincka i P. de Bandta, a następnie P. Teerlincka, P. de Bandta oraz M. Gherghinaru,

strona skarżąca,

przeciwko

Komisji Europejskiej, reprezentowanej przez S. Delaude i L. Cappellettiego, działających w charakterze pełnomocników,

strona pozwana,

mającej za przedmiot, po pierwsze, wniosek o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji z dnia 30 stycznia 2014 r., w której Komisja odrzuciła ofertę złożoną przez skarżącą w odniesieniu do części nr 1 zamówienia w ramach przetargu OIB.DR.2/PO/2013/062/591, dotyczącego ubezpieczenia mienia i osób (Dz.U. 2013/S 155–269617), i udzieliła zamówienia na tę część innej spółce, a po drugie, żądanie odszkodowania,

SĄD (szósta izba)

w składzie: S. Frimodt Nielsen, prezes, F. Dehousse (sprawozdawca) i A.M. Colins, sędziowie,

sekretarz: S. Bukšek-Tomac, administrator,

po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 3 czerwca 2015 r.,

wydaje następujący

* Język postępowania: francuski.

Wyrok

Okoliczności powstania sporu

1 W dniu 10 sierpnia 2013 r. Komisja Europejska ogłosiła w Suplemencie do *Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej* (Dz.U. 2013, S 155-269617), przetarg o sygnaturze OIB.DR.2/PO/2013/062/591, dotyczący zamówienia na ubezpieczenie mienia i osób, który składał się z czterech części.

2 Część nr 1, jedyna rozpatrywana w niniejszej sprawie, odnosi się do ochrony ubezpieczeniowej – od dnia 1 marca 2014 r. – nieruchomości i znajdującego się w nich mienia, w imieniu Komisji oraz różnych innych instytucji i organów Unii Europejskiej.

3 Dokumenty dotyczące przetargu w odniesieniu do części nr 1 zawierają, poza ogłoszeniem o zamówieniu, specyfikację składającą się z zaproszenia do składania ofert, do którego były załączone specyfikacje techniczne (załącznik I), wykaz budynków (załącznik I.1), statystyki szkodowości (załącznik I.2), spis elementów oferty finansowej (załącznik II), projekt umowy o świadczenie usług (załącznik III) i „Kwestionariusz »Identyfikacja – Wyłączenie – Wybór«" (załącznik IV) (zwany dalej „kwestionariuszem IWW") [tłumaczenie nieoficjalne, podobnie jak dalszych cytatów z tego dokumentu].

4 W ogłoszeniu o przetargu wyjaśniono, że jest to procedura otwarta, w której zamówienie zostanie udzielone podmiotowi, który złożył ofertę z najniższą ceną wśród ofert dopuszczalnych i zgodnych z warunkami przetargu (art. 3.4.3 zaproszenia do składania ofert, pkt 12 specyfikacji technicznej).

5 Kwestia odpowiedzialności solidarnej w przypadku udziału kilku ubezpieczycieli w wykonaniu zamówienia została ujęta w opisany poniżej sposób.

6 Ogłoszenie o zamówieniu stanowiło, że w przypadku udzielenia zamówienia grupie wykonawców wszyscy członkowie grupy muszą ponosić „solidarną odpowiedzialność za realizację zamówienia" (pkt III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu).

7 Artykuł 5.1 specyfikacji technicznych stanowił:

„W przypadku przedstawienia oferty przez szereg ubezpieczycieli solidarnych działających jako konsorcjum i reprezentowanych przez ubezpieczyciela wiodącego, w razie udzielenia zamówienia umowa zostanie podpisana przez każdego ubezpieczyciela. W takiej sytuacji oferent gwarantuje, że instytucja zamawiająca będzie mieć zapewnioną pełną ochronę ubezpieczeniową (ochrona w 100%) nieprzerwanie przez cały czas obowiązywania umowy […]

W przypadku przedstawienia oferty przez szereg ubezpieczycieli solidarnych działających jako konsorcjum, reprezentowanych przez pośrednika, w razie udzielenia zamówienia umowa zostanie podpisana wspólnie przez każdego ubezpieczyciela i przez pośrednika. W takiej sytuacji ubezpieczyciel lub ubezpieczyciele zobowiązują się również, że instytucja zamawiająca będzie mieć zapewnioną pełną ochronę ubezpieczeniową (ochrona w 100%) nieprzerwanie przez cały czas obowiązywania umowy […]".

8 W projekcie umowy o świadczenie usług, po części poświęconej identyfikacji sygnatariuszy umowy znajdowała się następują wzmianka: „Wyżej określone strony, zwane dalej wspólnie »wykonawcą«, są […] solidarnie odpowiedzialne za wykonanie niniejszej umowy wobec instytucji zamawiającej".

9 Zaproszenie do składania ofert przewidywało, że do każdej oferty powinien być dołączony kwestionariusz IWW należycie wypełniony przez oferenta (pkt 2.1.2 tiret ósme zaproszenia do składania ofert). W sekcji 1 kwestionariusza IWW (Formularz identyfikacji oferenta) należało wskazać, czy oferent działa „jako członek grupy", czy jako „oferent samodzielny".

10 Sekcja 3 formularza IWW zawierała, „kwestionariusz dotyczący ofert wspólnych", który należy „wypełnić tylko w przypadku ofert wspólnych".

11 Pytanie 5 i pytanie cząstkowe 5.1. tego ostatniego kwestionariusza stanowiły, że „w przypadku oferty wspólnej [należy przedstawić] porozumienie/pełnomocnictwo sporządzone zgodnie ze wzorem przedstawionym poniżej, podpisane przez przedstawicieli prawnych wszystkich partnerów oferty wspólnej, w którym, w szczególności, uznaje się odpowiedzialność solidarną wszystkich partnerów oferty wspólnej za wykonanie zamówienia".

12 Porozumienie/pełnomocnictwo **s**tanowiło, że „jako współsygnatariusze umowy, wszyscy członkowie grupy będą odpowiedzialni solidarnie za wykonanie umowy wobec instytucji zamawiającej". Dodano w nim, że wszyscy ci członkowie „będą przestrzegać warunków umowy i zapewnią prawidłowe wykonywanie przypadającej na nich części usług, określonych w specyfikacji warunków zamówienia i ofercie wykonawcy".

13 W dniu 31 października 2013 r., w trakcie otwarcia ofert, komisja otwierająca odnotowała otrzymanie dwóch ofert na część nr 1. Jedna z nich pochodziła od skarżącej, Vanbreda Risk & Benefits, a druga pochodziła od spółki Marsh.

14 Pismem z dnia 8 listopada 2013 r. skarżąca zwróciła uwagę Komisji na znaczenie, jakie mają dla oceny zgodności oferty „podpisane dokumenty, z których wynika, że w przypadku przedstawienia oferty wespół z innymi ubezpieczycielami, ubezpieczyciele ci zobowiązują się do ponoszenia odpowiedzialności solidarnej bez żadnego ograniczenia". Zgodnie bowiem z doświadczeniem skarżącej, AIG Europe Limited (zwana dalej „AIG"), która uczestniczyła w konsorcjum Marsha, odmawiała z zasady solidarnego zobowiązywania się i skarżąca była zatem niemalże pewna, że oferta tej spółki nie mogła spełniać materialnych i formalnych wymogów specyfikacji warunków zamówienia.

15 Pismem z dnia 4 grudnia 2013 r. Komisja odpowiedziała w tym względzie, że nie może przekazywać żadnych informacji, ponieważ ocena ofert jest jeszcze w toku.

16 W protokole oceny ofert z dnia 13 stycznia 2014 r. komisja przetargowa postanowiła, że oferty skarżącej i spółki Marsh kwalifikują się do oceny finansowej i stwierdziła, że oferta Marsha zaklasyfikowała się na pierwszym miejscu z ceną roczną 771 076,03 EUR, a oferta skarżącej na miejscu drugim z ceną roczną 935 573,58 EUR. Komisja przetargowa postanowiła zatem zaproponować udzielenia zamówienia na część nr 1 spółce Marsh.

17 Decyzją z dnia 28 stycznia 2014 r. Komisja postanowiła udzielić zamówienia spółce Marsh.

18 Pismem z dnia 30 stycznia 2014 r. (zwanym dalej „zaskarżoną decyzją") Komisja zawiadomiła skarżącą, że jej oferta dotycząca części nr 1 nie została wybrana, gdyż nie zaproponowała ona najniższej ceny.

19 Wiadomością elektroniczną z dnia 31 stycznia 2014 r. i pismem z dnia 3 lutego 2014 r. skarżąca zwróciła się do Komisji o udostępnienie pełnego sprawozdania z wyboru wykonawcy i przedstawienie kopii podpisanych dokumentów, z których wynika, iż w przypadku przedstawienia oferty wspólnie z innymi ubezpieczycielami, zobowiązali się oni do ponoszenia odpowiedzialności solidarnej bez żadnych ograniczeń, zgodnie z warunkami przedstawionymi w specyfikacji warunków zamówienia. Skarżąca wskazywała, że wymóg ten został powtórzony na s. 8 załącznika IV do zaproszenia do składania ofert.

20 Pismem z dnia 7 lutego 2014 r. skarżąca ponowiła swoje żądania, wskazując na swoje obawy, że oferta Marsha nie była zgodna ze specyfikacją warunków zamówienia ze względu na to, iż co najmniej jeden z partnerów tej oferty nie podpisał porozumienia/pełnomocnictwa zgodnie ze wzorem. Skarżąca wskazała, że chodzi o istotny element umowy oraz że sama złożyła ofertę na ubezpieczenie o konstrukcji całkowicie zgodnej ze specyfikacją warunków zamówienia, włączając w to zasadniczą kwestię solidarności. Za zgodne z wymogami oferty można uznać tylko te spośród nich, w których figuruje tylko jeden ubezpieczyciel (zapewniający ochronę przed ryzykiem w 100%), oraz te, w których było wielu ubezpieczycieli, którzy przy składaniu oferty zadeklarowali wzajemną odpowiedzialność solidarną. Skarżąca zwróciła się do Komisji o ponowne rozpatrzenie decyzji o udzieleniu zamówienia Marshowi w świetle tego elementu i zawieszenie podpisania umowy.

21 Pismem z dnia 7 lutego 2014 r. Komisja odpowiedziała na wiadomość elektroniczną z dnia 31 stycznia 2014 r., wskazując, iż na podstawie przepisów prawa nie może udzielić skarżącej żadnych informacji oprócz informacji o „cechach wybranej oferty i jej komparatywnej przewadze, oraz nazwie oferenta, któremu udzielono zamówienia". W tym kontekście Komisja wskazała, że zamówienie na część nr 1 zostało udzielone oferentowi, który złożył zgodną z wymogami ofertę z najniższą ceną, czyli spółce Marsh.

22 Pismem z dnia 11 lutego 2014 r. skarżąca zarzuciła, że w tej odpowiedzi nie udzielono odpowiedzi na postawione pytania, i ponowiła swój wniosek o dostęp do informacji żądanych wcześniej w jej poprzednich pismach.

23 Pismem i wiadomością elektroniczną z dnia 21 lutego 2014 r. skarżąca wyraziła swoje przekonanie, że od czasu złożenia ofert Komisja nie dysponowała porozumieniem/pełnomocnictwem w odniesieniu do każdego z ubezpieczycieli uczestniczących w ofercie spółki Marsh, co oznacza, że ta oferta nie była zgodna z wymogami i powinna była zostać odrzucona. Skarżąca zwróciła się do Komisji o ponowne rozpatrzenie decyzji o udzieleniu zamówienia i zawieszenie podpisania umowy ze spółką Marsh.

24 Pismem z tego samego dnia Komisja odpowiedziała, że zagadnienia będące źródłem obaw skarżącej zostały należycie zbadane podczas całego etapu oceny ofert, że stwierdzono zgodność owych ofert z wymogami i że w związku z tym zamówienie zostało udzielone na podstawie oferty zawierającej najniższą cenę. Komisja nie przekazała skarżącej żadnego z objętych wnioskiem dokumentów.

25 Wysławszy wcześniej dwie nowe wiadomości elektroniczne w dniach 25 i 28 lutego 2014 r., skarżąca w dniu 14 marca 2014 r. złożyła do Komisji wniosek o udzielenie dostępu do dokumentów na podstawie rozporządzenia nr 1049/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 maja 2001 r. w sprawie publicznego dostępu do dokumentów Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji (Dz.U. L 145, s. 331).

Postępowanie i dalszy rozwój zdarzeń w toku postępowania sądowego

26 Pismami złożonymi w sekretariacie Sądu w dniu 28 marca 2014 r. skarżąca wniosła skargę o stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji oraz o odszkodowanie, a także wniosek o zastosowanie środka tymczasowego w postaci zawieszenia wykonania zaskarżonej decyzji i przedstawienia dokumentów przez Komisję.

27 Postanowieniem z dnia 3 kwietnia 2014 r., wydanym w ramach wniosku o zastosowanie środków tymczasowych, prezes Sądu zarządził zawieszenie wykonania zaskarżonej decyzji i umowy zawartej ze spółką Marsh i ubezpieczycielami, a także nakazał przedłożenie dokumentów w trakcie postępowania w sprawie zastosowania środków tymczasowych.

28 Postanowieniem z dnia 10 kwietnia 2014 r., wydanym w następstwie uwag Komisji w ramach wniosku o zastosowanie środków tymczasowych, prezes Sądu uchylił ze skutkiem wstecznym od dnia 3 kwietnia 2014 r. punkt sentencji postanowienia z dnia 3 kwietnia 2014 r. dotyczący zawieszenia wykonania zaskarżonej decyzji i umowy zawartej z Marshem i ubezpieczycielami.

29 Postanowieniem z dnia 30 lipca 2014 r., Vanbreda/Komisja (T-199/14), wydanym w ramach niniejszego postępowania, Sąd wezwał Komisję do przedstawienia pewnych dokumentów, zawierających, jej zdaniem, informacje poufne, oraz wskazał, że na podstawie art. 67 § 3 regulaminu postępowania przed Sądem z dnia 2 maja 1991 r., dokumenty te nie zostaną na tym etapie przekazane skarżącej.

30 Pismem z dnia 8 sierpnia 2014 r. Komisja przedstawiła wymagane dokumenty, po czym Sąd – w ramach środka organizacji postępowania skierowanego w dniu 11 września 2014 r. do Komisji – zażądał od niej przedstawienia wersji niektórych spośród przywołanych dokumentów, które określałyby dokładnie, poprzez zaczernienie, te ich części, które są według niej poufne.

31 Komisja zastosowała się do tego żądania w piśmie z dnia 29 września 2014 r.

32 Ponieważ skarżąca wskazała, że nie ma zastrzeżeń wobec wniosku Komisji o zastosowanie poufności, Sąd wycofał z akt sprawy poufne dokumenty przedstawione w załączniku do pisma z dnia 8 sierpnia 2014 r.

33 Postanowieniem w przedmiocie środków tymczasowych z dnia 4 grudnia 2014 r., Vanbreda Risk & Benefits/Komisja, T-199/14 R, Zb.Orz.(Fragmenty), EU:T:2014:1024, prezes Sądu zarządził zawieszenie wykonania zaskarżonej decyzji w odniesieniu do udzielenia zamówienia na część nr 1 (pkt 1 sentencji), wskazał, że skutki owej decyzji zostają utrzymane w mocy aż do upływu terminu do wniesienia odwołania od tego postanowienia (pkt 2 sentencji) – czyli do dnia 16 lutego 2015 r. o północy – i pozostawił rozstrzygnięcie o kosztach do orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie.

34 Skarżąca wnosi do Sądu o:

— stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji, w której Komisja postanowiła nie wybrać oferty skarżącej na część nr 1 i udzielić zamówienia na tę część spółce Marsh;

— stwierdzenie odpowiedzialności pozaumownej Unii i zasądzenie od niej na rzecz skarżącej kwoty 1 000 000 EUR z tytułu odszkodowania i zadośćuczynienia za utratę szansy na uzyskanie zamówienia, za utratę referencji i za doznaną krzywdę;

— w każdym razie obciążenie Komisji kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego tymczasowo ustalonymi na 50 000 EUR.

35 Komisja wnosi do Sądu o:

— oddalenie wniosku o stwierdzenie nieważności;

— oddalenie wniosku o odszkodowanie;

— obciążenie skarżącej kosztami niniejszego postępowania oraz postępowania w przedmiocie środka tymczasowego.

36 W następstwie ww. w pkt 33 powyżej postanowienia Vanbreda Risk & Benefits/Komisja, EU:T:2014:1024, Komisja, po pierwsze, wszczęła procedurę negocjacyjną w sprawie udzielenia zamówienia na podstawie art. 134 ust. 1 lit c) rozporządzenia delegowanego Komisji (UE) nr 1268/2012 z dnia 29 października 2012 r. w sprawie zasad stosowania rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) nr 966/2012 w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie

do budżetu ogólnego Unii (Dz.U. L 362, s. 1, zwanego dalej „rozporządzeniem wykonawczym"), w celu zawarcia umowy ubezpieczenia mogącej wejść w życie w dniu 17 lutego 2015 r. o godz. 0:00. Po drugie, Komisja wniosła odwołanie (C-35/15 P) od tego postanowienia.

37 Pismem z dnia 13 lutego 2015 r. Komisja poinformowała spółkę Marsh o zawieszeniu obecnie obowiązującej umowy z dniem 16 lutego 2015 r. o północy.

38 W ramach procedury negocjacyjnej Komisja otrzymała jedną ofertę, pochodzącą od skarżącej w ramach grupy stworzonej z ubezpieczycielem AIG. Przyjęła ona tę ofertę i podpisała umowę ubezpieczenia wynikającą z tej procedury, która weszła w życie w dniu 17 lutego 2015 r. o godz. 0:00.

39 Postanowieniem z dnia 23 kwietnia 2015 r., Komisja/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P (R), Zb.Orz., EU:C:2015:275, wiceprezes Trybunału stwierdził nieważność pkt 1 i 2 sentencji ww. w pkt 33 postanowienia Vanbreda Risk & Benefits/Komisja, EU:T:2014:1024, ze względu na to, że prezes Sądu naruszył prawo, orzekając, że uzasadnione w dziedzinie zamówień publicznych złagodzenie ustalonej w orzecznictwie przesłanki przyznania środków tymczasowych dotyczącej pilnego charakteru znajduje zastosowanie bez ograniczenia czasowego (ww. postanowienie Komisja/Vanbreda Risk & Benefits, EU:C:2015:275, pkt 57). Stanowiąc w przedmiocie wniosku o zastosowanie środków tymczasowych złożonego przez skarżącą, wiceprezes Trybunału oddalił go z tych samych powodów (postanowienie Komisja/Vanbreda Risk & Benefits, EU:C:2015:275, pkt 61).

Co do prawa

W przedmiocie żądania stwierdzenie nieważności

40 Skarżąca podnosi jeden zarzut nieważności, podzielony na trzy części, z których pierwsza oparta jest na naruszeniu zasady równego traktowania oferentów, art. 111, 113 rozporządzenia (UE, Euratom) nr 966/2012 r. Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 października 2012 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 (Dz.U. L 298, s. 1, zwanego dalej „rozporządzeniem finansowym"), art. 146, 149 i 158 rozporządzenia wykonawczego oraz specyfikacji warunków zamówienia, druga – na naruszeniu zasady równego traktowania, a trzecia – na naruszeniu zasady przejrzystości.

W przedmiocie pierwszej części zarzutu, opartej na naruszeniu zasady równego traktowania oferentów, art. 111 ust. 5 i art. 113 ust. 1 rozporządzenia finansowego, art. 146 ust. 1 i 2, art. 149 ust. 1 i art. 158 ust. 1 i 3 rozporządzenia wykonawczego oraz specyfikacji warunków zamówienia

41 Skarżąca podnosi, że oferta spółki Marsh nie jest zgodna z wymogami specyfikacji warunków zamówienia. Ubezpieczyciele uczestniczący w złożeniu tej oferty nie zobowiązali się bowiem solidarnie do wykonania zamówienia, a zatem nie podpisali porozumienia/pełnomocnictwa wymaganego w specyfikacji warunków zamówienia.

42 Jednakże solidarność była istotnym warunkiem zamówienia publicznego w niniejszej sprawie i warunek ten wywierał wpływ na cenę określoną w ofercie. Gdyby bowiem szereg ubezpieczycieli mogło połączyć siły w celu zapewnienia ochrony, każdy w ramach przypadającego na niego zobowiązania, przed ryzykiem o rozmiarze takim, jak w ramach rozpatrywanego zamówienia, takie rozwiązanie nie gwarantowałoby pokrycia szkody w pełnym zakresie. Z tego właśnie powodu Komisja wymagała w niniejszym przypadku w specyfikacji warunków zamówienia odpowiedzialności solidarnej, która stanowi rozwiązanie możliwe do rozważenia, lecz wiążące się ze znacznymi dodatkowymi kosztami.

43 Umożliwiając spółce Marsh złożenie oferty wspólnej z konsorcjum ubezpieczycieli, którzy nie są solidarnie zobowiązani do wykonania zamówienia, Komisja umożliwiła temu podmiotowi zaoferowanie dużo niższej ceny.

44 W ten sposób Komisja naruszyła zasadę równego traktowania, art. 111 ust. 5 i art. 113 ust. 1 rozporządzenia finansowego, art. 146 ust. 1 i 2 oraz art. 158 ust. 1 i 3 rozporządzenia wykonawczego oraz specyfikację warunków zamówienia. Udzielając ostatecznie zamówienia spółce Marsh, Komisja naruszyła także art. 149 ust. 1 rozporządzenia wykonawczego.

45 W replice skarżąca wskazuje, że zapoznając się z treścią odpowiedzi na skargę i dokumentów jawnych przedstawionych przez Komisję, weszła w posiadanie nowych danych. Wynika z nich, że Marsh w rzeczywistości złożyła ofertę jako samodzielny oferent-pośrednik i że po otwarciu ofert Komisja i Marsh prowadziły obszerną korespondencję w przedmiocie wymogu solidarności. Komisja nigdy nie powiadomiła skarżącej o tych okolicznościach mimo jej powtarzających się zapytań. Skarżąca może zatem opierać się na rzeczonych nowych danych.

46 W tym kontekście skarżąca podnosi, że udział spółki Marsh jako samodzielnego oferenta jest w sposób oczywisty niezgodny z prawem i sprzeczny ze specyfikacją warunków zamówienia. Następnie Komisja, wbrew temu, co twierdzi, potraktowała ofertę Marsha jako ofertę wspólną. Wreszcie, ponieważ oferta spółki Marsh mogła być jedynie ofertą wspólną, powinna zawierać porozumienie/pełnomocnictwo wymagane w załączniku IV zaproszenia do składania ofert.

47 Komisja nie zgadza się ze stanowiskiem skarżącej, które opiera się jej zdaniem na trzech nieprawidłowych założeniach: po pierwsze, że oferta spółki Marsh została złożona w imieniu grupy lub konsorcjum; po drugie, że w ofercie tej nie było zgodnego ze wzorem porozumienia/pełnomocnictwa z naruszeniem specyfikacji warunków zamówienia; po trzecie, że ubezpieczyciele zaproponowani przez spółkę Marsh nie zobowiązali się solidarnie do wykonania zamówienia, które to założenie wynikało z błędnej wykładni specyfikacji warunków zamówienia i braku znajomości rzeczywistej oferty spółki Marsh, jak też przebiegu postępowania przetargowego.

48 Co się tyczy pierwszego założenia, Komisja podnosi, że Marsh złożył swoją ofertę jako pojedynczy oferent-pośrednik, a nie jako członek lub lider grupy i że w konsekwencji zamówienie zostało udzielone Marshowi jako oferentowi samodzielnemu. Żaden przepis specyfikacji nie uniemożliwiał złożenia oferty na części nr 1 zamówienia przez pośrednika jako samodzielnego oferenta.

49 Co się tyczy drugiego założenia, Komisja podnosi, że przepisy specyfikacji dotyczące ofert wspólnych, włączając w to wzór porozumienia/pełnomocnictwa przewidziany w kwestionariuszu IWW, nie mają zastosowania w przypadku oferty przedstawionej przez samodzielnego oferenta. Marsh nie miał zatem obowiązku włączenia do swojej oferty podpisanego porozumienia/pełnomocnictwa, takiego jakie było przewidziane dla ofert wspólnych. Natomiast Marsh załączył do swojej oferty udzielone przez szereg ubezpieczycieli upoważnienia do wykonania zamówienia.

50 Jeśli chodzi o trzecie założenie, Komisja twierdzi, iż należycie skontrolowała, jak to wynika z jej korespondencji ze spółką Marsh między otwarciem ofert i udzieleniem zamówienia, że oferta spółki Marsh była w pełni zgodna z wszystkimi wymogami wynikającymi ze specyfikacji, wśród nich ze znajdującym się w pkt 5.1 specyfikacji technicznej wymogiem zagwarantowania, że instytucja zamawiająca posiada pełną ochronę (ochrona w 100%) nieprzerwanie w odniesieniu do całego czasu trwania umowy i z wymogiem, wynikającym z projektu umowy, dotyczącym zobowiązania solidarnego sygnatariuszy. Ponieważ przedmiotem części nr 1 zamówienia jest bezpośrednia umowa ubezpieczenia budynków instytucji zamawiającej, specyfikacje techniczne przewidywały, że, niezależnie od sposobu przedstawienia oferty, poszczególni ubezpieczyciele biorący udział w wykonaniu umowy musieli podpisać ją solidarnie z innymi ewentualnymi ubezpieczycielami lub pośrednikami w celu zagwarantowania nieprzerwanej ochrony w 100% instytucji zamawiającej.

51 Argumenty skarżącej dotyczące różnicy cen w zależności od tego, czy oferta obejmuje odpowiedzialność solidarną, czy nie, są zatem pozbawione znaczenia. Podpisana umowa zawiera bowiem w istocie klauzulę odpowiedzialności solidarnej sygnatariuszy, klauzula ta była przewidziana od początku, a zatem oferta Marsh musiała uwzględniać koszty i zakres ryzyka związane z tą klauzulą, a cena określona w ofercie nie była w żadnym momencie zmieniana czy ponownie omawiana przez spółkę Marsh.

52 Komisja podnosi, że Marsh złożył swą ofertę jako samodzielny oferent, nie chodziło więc o ofertę wspólną. Oferta Marsha została zatem uznana za złożoną przez samodzielnego oferenta. Po otwarciu ofert Komisja nie podała nazw ubezpieczycieli uczestniczących w ofercie Marsha. Oferty były oceniane na podstawie kryteriów wykluczenia i wyboru przewidzianych w ogłoszeniu o zamówieniu i zgodnie z przewidzianą procedurą. Ponieważ oferta Marsha pochodziła od samodzielnego oferenta, Komisja należycie sprawdziła, czy Marsh spełniał sam w sobie kryteria wyboru.

53 Co się tyczy argumentu podniesionego w replice, zgodnie z którym udział Marsha jako samodzielnego oferenta był oczywiście niezgodny z prawem, Komisja w duplice podnosi, że bazuje on na zawężającej i błędnej wykładni specyfikacji warunków zamówienia i na błędnej wykładni prawa belgijskiego.

54 Podczas gdy wykładnia zawężająca specyfikacji powinna doprowadzić do odrzucenia obu ofert, Komisja wolała dokonać interpretacji niezawężającej, abstrahującej od formy prawnej, jaką przybrały stosunki między pośrednikiem i ubezpieczycielem (ubezpieczycielami), o ile tylko oferty gwarantowały prawidłowe wykonanie zamówienia. Komisja uznała zatem, że w postępowaniu przetargowym mogą brać udział zarówno ubezpieczyciele, jak i pośrednicy, oraz że nic nie zakazuje pośrednikowi startowania w przetargu jako samodzielny oferent. W każdym razie przedmiotem umowy było zawarcie bezpośredniej umowy ubezpieczenia, która powinna być podpisana przez każdego ubezpieczyciela, co zresztą miało miejsce w przypadku ostatecznie podpisanej umowy.

55 Jeśli chodzi o wykładnię prawa belgijskiego, skarżąca nieprawidłowo zastosowała przepisy tego prawa do niniejszego przypadku. Marsh nigdy nie twierdził, że tylko on sam podpisze umowę ubezpieczenia, a Komisja nigdy nie dopuszczała takiej możliwości. Skarżąca, jak się wydaje, twierdzi niesłusznie, że ponieważ Marsh działał jako samodzielny oferent, to również pragnął działać jako ubezpieczyciel, który również jako jedyny podpisze umowę. Komisja nie miała żadnego powodu, aby uznać, że oferta Marsh jest niezgodna z prawem. Oferta ta nie jest niezgodna z prawem ze względu na to, że pośrednik nie może wykazać się ubezpieczaniem co najmniej 100 000 m^2. Wymagane informacje nie wykluczają bowiem uwzględnienia zawartych polis na ubezpieczenie co najmniej 100 000 m^2 w odniesieniu do towarzystw ubezpieczeniowych i świadczenia usług pośrednictwa związanych z ubezpieczeniem co najmniej 100 000 m^2 w przypadku pośredników ubezpieczeniowych. Wreszcie logiczne jest, że zbadano tylko zdolność finansową i ekonomiczną Marsh, ponieważ był on oferentem samodzielnym. Zagwarantowane wiarygodności finansowej oferty spoczywało bowiem na działającej w tym charakterze spółce Marsh. Ponadto było to takie samo podejście, jakie zostało przyjęte w przypadku skarżącej w odniesieniu do poprzedniej umowy ubezpieczenia. W każdym razie, żeby zapobiec sytuacji, w której Komisja nie jest bezpośrednio w stosunku umownym z ubezpieczycielami, specyfikacja warunków zamówienia wymaga, aby ubezpieczyciele podpisali umowę ubezpieczenia.

56 Co się tyczy podnoszonego traktowania oferty spółki Marsh jak oferty wspólnej, argument ten jest nielogiczny i błędny. Wykazano, że Marsh złożył ofertę jako oferent samodzielny, że na tej podstawie Komisja zbadała kryteria wykluczenia i wyboru i że udzieliła zamówienia rzeczonemu oferentowi samodzielnemu. Komisja nie rozumie, w jaki sposób skarżąca może twierdzić, że Komisja traktowała ofertę Marsha jako ofertę wspólną. Tytułem uzupełnienia, argumenty podniesione przez skarżącą nie dowodzą tezy przeciwnej.

57 Jeśli chodzi o argument, zgodnie z którym oferta Marsha powinna była zawierać zgodne ze wzorem porozumienie/pełnomocnictwo wymagane w przypadku oferty wspólnej, Komisja utrzymuje, że oferta Marsha, jako pochodząca od samodzielnego oferenta, nie musiała zawierać podpisanego porozumienia/pełnomocnictwa.

– W przedmiocie dopuszczalności niektórych argumentów podniesionych w replice

58 Komisja, choć nie podnosi wyraźnie zarzutu niedopuszczalności, uważa jednak, że w następstwie dowodu przedstawionego przez Komisję, że umowa podpisana w dniu 27 lutego 2014 r. z Marshem i ubezpieczycielami ustanawiała w rzeczywistości odpowiedzialność solidarną ubezpieczycieli, argumenty podniesione przez skarżącą w replice wykraczają poza jedyny podniesiony początkowo zarzut, określony w skardze, a mianowicie zarzut, którego przedmiotem jest „warunek odpowiedzialności solidarnej ustanowiony w specyfikacji warunków zamówienia wobec ofert wspólnych z konsorcjum ubezpieczycieli".

59 Należy zauważyć, że skarżąca w replice przedstawiła pewne nowe argumenty dotyczące, w istocie, bezprawności uczestnictwa Marsha jako samodzielnego oferenta i niezgodności z prawem potraktowania oferty przez Komisję jako oferty wspólnej.

60 Jednakże, jak skarżąca podnosi prawidłowo w replice, zresztą bez żadnego uzasadnionego kontrargumentu ze strony Komisji w duplice, rzeczone nowe argumenty wynikają z informacji, które skarżąca zdobyła dopiero po zapoznaniu się z odpowiedzią na skargę oraz z dokumentów przekazanych przez Komisję na żądanie Sądu.

61 Tak więc dopiero z odpowiedzi na skargę skarżąca była w stanie dowiedzieć się, że Marsh uczestniczył w postępowaniu przetargowym nie poprzez ofertę wspólną Marsha i sześciu ubezpieczycieli, lecz jako samodzielny oferent-pośrednik oferujący usługi sześciu ubezpieczycieli. Dopiero z treści dokumentów przedstawionych przez Komisję w dniu 29 września 2014 r. (zob. pkt 31 powyżej) skarżąca dowiedziała się o korespondencji wymienionej po otwarciu ofert między Komisją a Marshem, a następnie pomiędzy Komisją, Marshem i AIG, w kwestii odpowiedzialności solidarnej.

62 W związku z tym, o ile wywody Komisji mogą być interpretowane jako zarzut niedopuszczalności na podstawie art. 84 ust. 1 regulaminu postępowania przed Sądem w odniesieniu do nowych argumentów przedstawionych przez skarżącą w replice, o tyle ów zarzut niedopuszczalności jest bezzasadny.

– W przedmiocie niezgodnego z prawem uczestnictwa Marsha w przetargu jako samodzielnego oferenta-pośrednika

63 Po pierwsze, zgodnie z art. 102 ust. 1 rozporządzenia finansowego wszystkie zamówienia publiczne finansowane w całości lub części z budżetu Unii muszą być zgodne z zasadą równego traktowania, a na podstawie art. 146 ust. 1 rozporządzenia wykonawczego instytucje zamawiające opracowują jasne i niedyskryminacyjne kryteria wyboru. Po drugie, zgodnie z art. 102 ust. 2 rozporządzenia finansowego, wszystkie zamówienia publiczne podlegają procedurze przetargowej w jak najszerszym zakresie, a zgodnie z art. 111 ust. 1, 4 i 5 tego rozporządzenia zasady składania ofert powinny gwarantować prawdziwą konkurencję, wszystkie oferty uznane przez komisję otwierającą za niespełniające ustanowionych warunków są odrzucane oraz wszystkie oferty uznane za spełniające ustanowione warunki podlegają ocenie na podstawie kryteriów przewidzianych w dokumentach odnoszących się do zaproszeń do składania ofert. Wreszcie art. 113 ust. 1 tego rozporządzenia stanowi, że urzędnik zatwierdzający decyduje o tym, komu ma być udzielone zamówienie, zgodnie z kryteriami wyboru i udzielenia zamówienia ustanowionymi z wyprzedzeniem w dokumentach odnoszących się do zaproszeń do składania ofert i zasadach udzielania zamówień.

64 Zasada równego traktowania oferentów, której celem jest sprzyjanie rozwojowi uczciwej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami uczestniczącymi w procedurze udzielania zamówienia publicznego, wymaga, aby wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy przygotowywaniu warunków swoich ofert i, co za tym idzie, aby oferty te podlegały takim samym warunkom dla wszystkich konkurentów (wyroki: z dnia 12 grudnia 2002 r., Universale-Bau i in., C-470/99, Rec, EU:C:2002:746, pkt 93; z dnia 12 marca 2008 r., Evropaïki Dynamiki/Komisja, T-345/03, Zb.Orz., EU:T:2008:67, pkt 143).

65 Oferenci muszą zatem być traktowani na równi zarówno w czasie przygotowywania przez nich ofert, jak i w momencie ich oceny przez instytucję zamawiającą (zob. podobnie wyrok z dnia 18 października 2001 r., SIAC Construction, C-19/00, Rec, EU:C:2001:553, pkt 34 i przytoczone tam orzecznictwo). Instytucja zamawiająca zobowiązana jest, na każdym etapie postępowania, do czuwania nad przestrzeganiem równego traktowania i w konsekwencji nad równością szans wszystkich oferentów (zob. podobnie wyroki: z dnia 29 kwietnia 2004 r., Komisja/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Zb.Orz., EU:C:2004:236, pkt 108; z dnia 24 lutego 2000 r., ADT Projekt/Komisja, T-145/98, Rec, EU:T:2000:54, pkt 164; z dnia 17 marca 2005 r., AFCon Management Consultants i in./Komisja, T-160/03, Zb.Orz., EU:T:2005:107, pkt 75; z dnia 22 maja 2012 r., Evropaïki Dynamiki/Komisja, T-17/09, EU:T:2012:243, pkt 65).

66 Właśnie w świetle powyższych rozważań należy zbadać część pierwszą zarzutu nieważności, opartą na niezgodności z prawem uczestnictwa spółki Marsh w przetargu jako samodzielnego oferenta-pośrednika.

67 Wziąwszy pod uwagę warunki przetargu, możliwość uczestniczenia w nim pośrednika jako samodzielnego oferenta jest sprzeczna z tymi warunkami.

68 Po pierwsze, pojęcie „pośrednika” pojawia się rzeczywiście w niektórych fragmentach dokumentacji przetargowej (w sekcji III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu, dotyczącej zdolności technicznej, w załączniku zaproszenia do składania ofert dotyczącym specyfikacji technicznych jako warunek udziału i w rubrykach dotyczących wymaganych informacji o zezwoleniu). Jednak fragmenty te są co najmniej wspólne dla ofert złożonych przez samodzielnego oferenta i dla ofert wspólnych.

69 Poza wzmiankami w owych fragmentach wspólnych dla ofert złożonych przez samodzielnego oferenta i ofert wspólnych, termin „pośrednik” jest w sposób wyraźny używany tylko w kontekście ofert wspólnych (w art. 5.1 specyfikacji technicznych, odnoszącym się do podpisania umowy ubezpieczenia, w kwestionariuszu odnoszącym się do ofert wspólnych w załączniku IV zaproszenia do składania ofert i we wzorze porozumienia/pełnomocnictwa w tym samym załączniku).

70 Zatem, o ile warunki przetargu dotyczące ofert składanych przez samodzielnego oferenta nie wykluczają wyraźnie pojęcia „pośrednik”, o tyle również go nie uwzględniają. Obecność tego pojęcia w niektórych częściach dokumentacji przetargowej wspólnych dla ofert składanych przez samodzielnego oferenta i dla ofert wspólnych można raczej wytłumaczyć faktem, że pośrednik jest wyraźnie przewidziany jako oferent w ramach oferty wspólnej, niż tym, że może on być oferentem samodzielnym.

71 Po drugie, argument Komisji, zgodnie z którym żaden przepis specyfikacji warunków zamówienia nie zabrania pośrednikowi, jako samodzielnemu oferentowi, złożenia oferty na część nr 1, może być zasadnie zakwestionowany.

72 Przede wszystkim, z pierwszego tiret pkt 5 zaproszenia do składania ofert, zatytułowanego „Postępowanie ze złożonymi ofertami”, wynika, że „niniejsze zaproszenie do składania ofert nie rodzi żadnego zobowiązania po stronie Komisji” i że „[p]owstaje ono dopiero po podpisaniu umowy z wybranym wykonawcą”. Tak samo wzmianka „w przypadku gdyby umowa nie mogła być zawarta z wybranym wykonawcą” znajduje się w pierwszym ustępie na stronie trzeciej zaskarżonej decyzji.

73 W niniejszym przypadku, jak wynika z akt sprawy oraz ze stwierdzeń samej Komisji, „wybranym wykonawcą" jest tylko Marsh, z wyłączeniem jakiejkolwiek innej osoby.

74 Tymczasem, jak podkreśla sama Komisja w swoich pismach w ramach korespondencji z Marshem z dnia 18 grudnia 2013 r. i 12 lutego 2014 r., pośrednik nie może być jedynym sygnatariuszem umowy o świadczenie usług będącej przedmiotem sporu.

75 Następnie, zgodnie z art. 5.1 specyfikacji technicznych, w przypadku gdy umowa powinna zostać podpisana przez wielu ubezpieczycieli solidarnych, przewidziane są tylko trzy przypadki złożenia oferty, z których tylko jeden przewiduje obecność pośrednika. Ta ostatnia sytuacja jest opisana jako odnosząca się do „przypadku przedstawienia oferty przez szereg ubezpieczycieli solidarnych, działających jako konsorcjum, reprezentowanych przez pośrednika". Dlatego też obecność pośrednika jest dopuszczona wyłącznie w przypadku ofert wspólnych.

76 W świetle powyższych rozważań należy stwierdzić, że w przeciwieństwie do argumentacji Komisji, z analizy brzmienia specyfikacji wynika, że nie dość, iż sytuacja, w której pośrednik składa ofertę jako samodzielny oferent, nie została przewidziana, to jeszcze taka sytuacja może być uznana za wyłączoną.

77 Ponadto sama Komisja przyznaje, że możliwość złożenia oferty przez samodzielnego oferenta-pośrednika nie była formalnie przewidziana w specyfikacji warunków zamówienia. Jednakże podnosi ona, że kierowana troską o to, aby zamówienia publiczne podlegały procedurze przetargowej w jak najszerszym zakresie, uznała, iż specyfikacji warunków zamówienia nie powinno się interpretować w sposób powodujący wykluczenie oferty samodzielnego oferenta-pośrednika, który otrzymał upoważnienia od szeregu ubezpieczycieli, zobowiązujących się do podpisania i wykonania umowy w przypadku udzielenia zamówienia. Komisja w tym kontekście wzięła również pod uwagę art. 121 ust. 5 akapit drugi rozporządzenia wykonawczego.

78 Jeśli chodzi o nawiązanie do art. 121 ust. 5 akapit drugi rozporządzenia wykonawczego, należy zauważyć, że przepis ten ma zastosowanie w przypadku złożenia oferty przez grupę wykonawców. Przepis ten wskazuje, że instytucja zamawiająca nie może wymagać od tej grupy określonej formy prawnej. W niniejszym przypadku jednakże nie chodziło o ofertę złożoną przez grupę wykonawców, ale przez samodzielnego oferenta-pośrednika, któremu udzielono zamówienia publicznego.

79 W odniesieniu do wykładni specyfikacji warunków zamówienia, za którą opowiada się Komisja, zgodnie z którą nie wyklucza się samodzielnych oferentów-pośredników, jest ona nie tylko sprzeczna z przepisami rzeczonej specyfikacji, lecz również z ogólnym kontekstem systemowym.

80 Złożenie oferty przez samodzielnego oferenta-pośrednika, uznane za dopuszczalne przez Komisję, niesie bowiem ze sobą inne implikacje w zakresie weryfikacji zgodności oferty z wymogami, niż wypływające z oferty przedstawionej przez towarzystwo ubezpieczeniowe działające jako samodzielny oferent. Niemniej w obydwu przypadkach instytucja zamawiająca ma obowiązek zapewnienia, że oferta odpowiada specyfikacji warunków zamówienia. W związku z tym instytucja zamawiająca powinna być w stanie wykonać to zadanie.

81 Jak wynika z pkt 3.4 zaproszenia do składania ofert, ocenę ofert należało przeprowadzić w trzech etapach i jedynie oferty spełniające wymogi każdego etapu oceny mogły przejść do następnego etapu. Etapy pierwszy i drugi miały na celu sprawdzenie, odpowiednio, kryteriów wykluczenia i kryteriów wyboru oferentów. Ocena ofert i udzielenie zamówienia należały do trzeciego etapu.

82 Co się tyczy w szczególności drugiego etapu oceny, odnoszącego się do weryfikacji kryteriów wyboru, z pkt 3.4.2 zaproszenia do składania ofert wynika, że komisja przetargowa bada, czy oferenci posiadają wystarczającą zdolność, po pierwsze, ekonomiczną oraz finansową i, po drugie, techniczną oraz zawodową. W tym względzie należy przypomnieć, że w odpowiedzi na skargę Komisja wyraźnie

wskazała, iż należycie sprawdziła, czy oferta spółki Marsh spełniała sama w sobie kryteria wyboru określone w dokumentacji przetargu, co wydaje się również wynikać z tabeli oceny kryteriów wyboru załączonej do protokołu oceny ofert z dnia 13 stycznia 2014 r.

83 Tymczasem w odniesieniu do weryfikacji zdolności ekonomicznej i finansowej należy zauważyć, że w przypadku oferty wspólnej przepisy sekcji 4 załącznika IV zaproszenia do składania ofert określają, że informacje te powinny być dostarczone przez każdego członka indywidualnie.

84 Wymóg ten pozwala na weryfikację dobrej kondycji towarzystw ubezpieczeniowych, które in fine zapewniają ochronę przed ryzykiem. W wyniku ustanowienia tego wymogu nie jest możliwe, aby pośrednik – przewidziany wyraźnie jako potencjalny oferent w ramach oferty wspólnej – przedstawił jedynie informacje dotyczące jego własnej zdolności ekonomicznej i finansowej. Należy bowiem unikać sytuacji, w której komisja przetargowa koncentruje się wyłącznie na kondycji pośrednika, który nie zapewnia ochrony przed ubezpieczonym ryzykiem.

85 Natomiast w przypadku oferty przedstawionej przez samodzielnego oferenta te same przepisy sekcji 4 załącznika IV zaproszenia do składania ofert określają tylko, że ocena dotyczy zdolności ekonomicznej i finansowej oferenta. Tymczasem przyjęcie tezy (bronionej przez Komisję) dopuszczenia pośrednika jako samodzielnego oferenta pozwoliłoby – jak to miało zresztą miejsce w niniejszym przypadku – na ograniczenie oceny wyłącznie do informacji dotyczących owego pośrednika. Dobra kondycja finansowa towarzystw ubezpieczeniowych, które zostaną konkretnie zobowiązane do ubezpieczenia ryzyka, nie byłaby, de jure, objęta weryfikacją oferty.

86 Stwierdzenia tego nie podważa art. 147 ust. 3 rozporządzenia wykonawczego. Zgodnie z tym przepisem, wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań, i musi on w takiej sytuacji dowieść instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów. W istocie, przepis ten ma zastosowanie tylko wtedy, gdy oferent zamierza opierać się na zdolności innych podmiotów.

87 Tymczasem w niniejszym przypadku Komisja wyraźnie wskazała, że weryfikacja kryteriów wyboru, do których należy zdolność ekonomiczna i finansowa, została dokonana wyłącznie w świetle sytuacji spółki Marsh.

88 W istocie, informacja ta, która jest potwierdzona przez akta sprawy, została wyraźnie przedstawiona najpierw w postępowaniu w przedmiocie środka tymczasowego (zob. podobnie ww. w pkt 33 postanowienie Vanbreda Risk & Benefits/Komisja, EU:T:2014:1024, pkt 72), nie została podważona w ramach odwołania wniesionego przez Komisję (zob. pkt 36 powyżej in fine), a zagadnienie to zostało rozstrzygnięte przez ww. w pkt 39 postanowienie Komisja/Vanbreda Risk & Benefits, EU:C:2015:275. Komisja tym samym potwierdziła, że sprawdzona została jedynie sytuacja ekonomiczna i finansowa spółki Marsh, a nie towarzystw ubezpieczeniowych udzielających upoważnień. Wskazała ona, że zamierzała w drodze tego przetargu zawrzeć umowy z ubezpieczycielami, jednakże bez konieczności badania ich zdolności ekonomicznych i finansowych. Podejście to świadczy o przemyślanej decyzji nieprzeprowadzenia analizy ekonomicznej poprzez niewymaganie dowodu w tym względzie, lecz przyjęcie podejścia bardziej prawnego, ponieważ do spełnienia tego kryterium wymagano zobowiązania od oferenta.

89 W duplice w niniejszym postępowaniu Komisja ponownie potwierdziła, że w ramach postępowania przetargowego analizie powinna zostać poddana jedynie zdolność ekonomiczna i finansowa spółki Marsh, ale już nie zaproponowanych przez Marsh ubezpieczycieli.

90 Jednakże wystarczy zauważyć, że takiemu podejściu Komisji i udzielonym wyjaśnieniom przeczą warunki, a nawet sama logika specyfikacji warunków zamówienia. W ramach ofert wspólnych, dla których obecność pośrednika jest wyraźnie przewidziana, specyfikacja warunków zamówienia wymaga bowiem dokumentów poświadczających zdolność ekonomiczną i finansową każdego członka indywidualnie, włączając zatem w to towarzystwo lub towarzystwa ubezpieczeniowe uczestniczące we wspólnej ofercie. Gdyby pierwotnym zamiarem Komisji było rzeczywiście ograniczenie się do zbadania zdolności ekonomicznej i finansowej pośredników, nie wymagałaby w przypadku oferty wspólnej złożonej z udziałem pośrednika przedstawienia dokumentów dotyczących zdolności ekonomicznej i finansowej każdego z członków. Ponadto, gdyby towarzystwo ubezpieczeń złożyło ofertę jako samodzielny oferent, jego zdolność ekonomiczna i finansowa zostałaby zweryfikowana. Zatem zdolność ekonomiczna i finansowa podmiotu, który ubezpiecza ryzyko, nie zostałaby sprawdzona jedynie w przypadku, gdyby ofertę złożył pośrednik jako samodzielny oferent. Nie jest to zgodne ani z ogólnym kontekstem systemowym, ani z zasadą równości traktowania oferentów.

91 Wreszcie, w świetle warunków dokumentacji przetargowej (zob. pkt II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu, pkt 2 specyfikacji technicznych i art. I.1.1 projektu umowy usług), celem tego przetargu było zawarcie umowy ubezpieczenia. W piśmie z dnia 18 grudnia 2013 r. Komisja potwierdziła, że chodzi o bezpośrednią umowę ubezpieczeniową. Tymczasem należy stwierdzić, że chociaż Komisji przyświecał taki właśnie cel, ograniczyła się ona do zbadania zdolności ekonomicznej i finansowej pośrednika Marsha, bez badania zdolności ubezpieczycieli zaproponowanych przez tego ostatniego. O ile taką postawę można wytłumaczyć w przypadku przetargu zorganizowanego w celu zawarcia umowy pośrednictwa, o tyle wydaje się ona niezgodna z wymogami w ramach postępowania przetargowego dotyczącego umowy ubezpieczenia, biorąc pod uwagę, w szczególności, cel ochrony interesów finansowych Unii zamierzony przez rozporządzenie finansowe.

92 W odniesieniu do stwierdzenia Komisji dotyczącego podejścia, które zostało przyjęte w postępowaniu przetargowym, które miało miejsce przez postępowaniem przetargowym i umową ubezpieczenia będącymi przedmiotami niniejszego sporu, są one bez znaczenia dla oceny zgodności z prawem zaskarżonej decyzji.

93 Z powyższych rozważań wynika, że dopuszczenie pośrednika do udziału w postępowaniu przetargowym jako samodzielnego oferenta jest sprzeczne zarówno z przepisami dokumentacji przetargu, jak i z jego ogólnym kontekstem systemowym. Wywody przedstawione przez Komisję w odniesieniu do przyświecającego jej celu utrzymania wysokiego poziomu konkurencji pośród uczestników postępowania przetargowego w żaden sposób nie mogą usprawiedliwiać nieprzestrzegania postanowień dokumentacji przetargowej.

94 Ponadto z akt sprawy wynika, że jednym z istotnych warunków przetargu było zobowiązanie się przez ubezpieczyciela lub ubezpieczycieli do zapewnienia, że instytucja zamawiająca korzystać będzie ze stuprocentowej ochrony przed rodzajami ryzyka określonymi w specyfikacji warunków zamówienia.

95 Zdaniem Komisji, w przypadku – jej zdaniem, dopuszczalnym – samodzielnego oferenta-pośrednika, jego obowiązkiem jest zorganizowanie praktycznych aspektów wykonywania umowy. Takie podejście oznacza dla Komisji, że sprawdza, czy warunek ochrony, o którym mowa powyżej w pkt 94, został spełniony, dokonując takiej weryfikacji jedynie co do rezultatu, a nie sposobu, w jaki jest on osiągnięty.

96 W niniejszej sprawie spółka Marsh przy składaniu oferty przedstawiła podział ryzyka między towarzystwa ubezpieczeniowe zmierzający do osiągnięcia celu w postaci ochrony w 100%. Pismem z dnia 14 lutego 2014 r. Marsh poinformował Komisję o tym, że jeden z ubezpieczycieli biorący udział w jego ofercie, AIG, odmówił podpisania umowy. W następstwie wycofania się tego podmiotu, Marsh zaproponował wprowadzenie nowego podziału ryzyka, bez zmiany łącznej ceny wybranej oferty, poprzez przejęcie części przypadającej na odpowiedzialność AIG w drodze, po pierwsze, podwyższenia

udziałów ubezpieczeniowych pozostałych towarzystw ubezpieczeniowych i, po drugie, w drodze przydzielenia części tego udziału kwoty dwóm nowym towarzystwom ubezpieczeniowym, które nie znalazły się wśród podmiotów początkowo wymienionych w ofercie Marsha.

97 Co za tym idzie, w momencie, gdy Marsh musiał, po pierwsze, renegocjować zwiększenie części przypadających na towarzystwa ubezpieczeniowe, które ją upoważniły i, po drugie, negocjować uczestnictwo dwóch nowych ubezpieczycieli, nie tylko znana była oferta konkurencyjna, lecz istniała też pewność, że zamówienie jest udzielone Marshowi. Tymczasem, gdyby w czasie opracowywania oferty początkowej, czyli bez posiadania pewności, że zamówienie zostanie im udzielone, towarzystwa ubezpieczeniowe, które upoważniły spółkę Marsh, musiały przyjąć większe udziały w ubezpieczeniu, co oznaczałoby dla nich ubezpieczenie większego ryzyka, to jest prawdopodobne, że według wszelkiego prawdopodobieństwa ekonomicznego wymagałyby one w zamian zwiększonego wynagrodzenia. Mogłoby to w konsekwencji prowadzić do podwyższenia ceny oferty. Podobnie negocjacje uczestnictwa w ofercie dwóch nowych ubezpieczycieli w czasie, gdy ani nie była znana cena określona w ofercie konkurencyjnej ani nie było pewności uzyskania tego zamówienia, również mogłyby doprowadzić do innego rezultatu, modyfikującego – potencjalnie wzwyż - łączną cenę oferty złożonej przez Marsha. Natomiast w obecnej sytuacji, oba nowe towarzystwa ubezpieczeniowe mogły dokładnie znać wysokość wynagrodzenia maksymalnego, które mogły uzyskać w chwili przyjęcia propozycji spółki Marsh.

98 O ile zatem łączna cena wybranej oferty dla Komisji rzeczywiście nie została zmieniona, o tyle warunki negocjacji między oferentem i towarzystwami ubezpieczeniowymi bez wątpienia uległy zmianie.

99 Z powyższego wynika, że dopuszczenie pośrednika do udziału w postępowaniu przetargowym jako samodzielnego oferenta upoważnionego przez towarzystwa ubezpieczeniowe, po pierwsze, powoduje, że iluzoryczną staje się weryfikacja przez komitet oceniający zalet oferty w odniesieniu do warunków ustanowionych w specyfikacji warunków zamówienia, po drugie, pozwala rzeczonemu pośrednikowi wykorzystać ewentualną przewagę nad konkurencją ze strony innych oferentów, a po trzecie, prowadzi do nierównego traktowania – z korzyścią dla samodzielnego oferenta-pośrednika – w porównaniu, w szczególności, do konkurenta, który złożył ofertę wspólną z jednym lub wieloma ubezpieczycielami.

100 Wykładnia specyfikacji warunków zamówienia przez Komisję, zgodnie z którą nie wyklucza się samodzielnych oferentów-pośredników, jest w rezultacie nie tylko sprzeczna z przepisami dokumentacji przetargu, lecz również z jego ogólnym kontekstem systemowym. Skarżąca słusznie zatem podniosła, że udział spółki Marsh w przetargu jako samodzielnego oferenta-pośrednika był niezgodny z prawem.

101 Poza samym tym stwierdzeniem, wynikającym z brzmienia zapisów i logiki przetargu, należy zbadać, czy w niniejszej sprawie, jak skarżąca zaznacza w replice, Komisja ponadto nie naruszyła równości traktowania w związku z korespondencją z Marshem po otwarciu ofert.

– W przedmiocie naruszenia zasady równego traktowania w związku z korespondencją między Komisją a Marshem po otwarciu ofert

102 Jak wynika z orzecznictwa przytoczonego w pkt 64 i 65 powyżej, instytucja zamawiająca powinna traktować w sposób równy wszystkich oferentów, a w tym celu powinna dokonać oceny zgodności ofert z wymogami zamówienia. Instytucja zamawiająca nie może przyjąć oferty i podpisać umowy, jeśli ma lub logicznie rzecz biorąc powinna mieć podstawy do tego, by sądzić, że oferta, którą bada lub która została już przyjęta, nie jest zgodna z wymogami zamówienia.

103 W tym kontekście należy zbadać korespondencję między Marshem i Komisją, która znajduje się w aktach sprawy, a w szczególności dokumenty przedstawione przez Komisję w odpowiedzi na środki organizacji postępowania z dnia 11 września 2014 r.

104 W dniu 25 października 2013 r. spółka Marsh złożyła swą ofertę Komisji jako samodzielny oferent-pośrednik.

105 W ofercie tej znajdowały się oświadczenia własne sześciu ubezpieczycieli, w których każdy ubezpieczyciel wyrażał zgodę na treść oferty Marsha, informował o wielkości swego udziału w ochronie ubezpieczeniowej w ramach zamówienia i wskazywał, że dostosuje się do wszystkich warunków specyfikacji zamówienia „w odniesieniu do przypadającego nań udziału". W jednym z tych oświadczeń, pochodzącym od AIG, figurowała odręczna wzmianka o następującym brzmieniu:

„Z wyłączeniem klauzuli odpowiedzialności solidarnej […]. Nie akceptujemy tej klauzuli" [„except concerning the solidarity clause (załącznik IV, s. 9, pkt 1). We do not accept this clause"].

106 W części technicznej oferty spółka Marsh wskazała, że ona sama (samodzielny oferent-pośrednik) i ubezpieczyciele, których proponuje, „[n]ie utworzyli grupy ani stosunku podwykonawstwa, [w związku z czym] niektóre warunki wymienione w załączniku IV [zaproszenia do składania ofert], takie jak wspólna i solidarna odpowiedzialność ubezpieczycieli, [nie mają] zastosowania do niniejszego zamówienia".

107 Faksem z dnia 13 listopada 2013 r. Komisja potwierdziła otrzymanie oferty Marsha. W faksie tym Komisja nie zamieściła żadnej uwagi ani żądania co do dokumentów i treści oferty Marsh, dotyczących charakteru zobowiązania ubezpieczycieli.

108 Komisja poinformowała jedynie spółkę Marsh, że do jej oferty nie dołączono (lecz w innymi zakresie) wszystkich wymaganych dokumentów i informacji (zdolność techniczna, wcześniejsze referencje ubezpieczeniowe i ubezpieczone powierzchnie). Spółka Marsh dostarczyła żądane informacje faksem w dniach 15 i 18 listopada 2013 r.

109 Faksem z dnia 27 listopada 2013 r. Komisja poinformowała Marsh, że jej oferta wymagała uzupełnienia o dodatkowe informacje.

110 W piśmie tym Komisja wskazała, iż „instytucja zamawiająca odnotowała, że [sekcja] 3 załącznika IV do zaproszenia do składania ofert [nie ma] zastosowania, ponieważ nie [jest] to oferta wspólna ani oferta złożona przez grupę wykonawców".

111 Komisja wskazała, że instytucja zamawiająca odnotowała też, iż oferta Marsha proponuje ochronę w 100% ubezpieczonych rodzajów ryzyka, lecz że została wykryta niespójność w odniesieniu do proporcji udziału ubezpieczeniowego dwóch ubezpieczycieli. W celu skorygowania tej niespójności, Komisja zażądała od Marsha przesłania skorygowanych upoważnień poświadczonych przez poszczególnych ubezpieczycieli, określających udział każdego z nich.

112 Przy okazji tej korekty Komisja zwróciła się do Marsha – i to w sposób mający bardziej istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu – aby „potwierdził, że ubezpieczone rodzaje ryzyka zostaną objęte ochroną w 100% na zasadzie odpowiedzialności solidarnej wszystkich ubezpieczycieli uczestniczących zgodnie z ostatnim ustępem na stronie 1 projektu umowy ramowej".

113 Faksem z dnia 28 listopada 2013 r. Marsh odpowiedział, że „pragnie, by zostało wyjaśnione, co w projekcie umowy ramowej rozumie się pod wyrażeniem *odpowiedzialność solidarna wszystkich uczestniczących ubezpieczycieli*" (podkreślenie Marsha).

114 Spółka Marsh wskazała, że „biorąc pod uwagę praktykę ubezpieczeniową w przypadku ofert z udziałem ubezpieczyciela wiodącego i współubezpieczycieli, rozumienie tego pojęcia przez [nią] jest takie, że wszyscy wyznaczeni współubezpieczyciele upoważniają ubezpieczyciela wiodącego do występowania w ich imieniu w odniesieniu do wszystkich czynności dotyczących umowy". Marsh wskazała, że „obejmują one między innymi oświadczenia, zmiany, zgłoszenia szkód, negocjacje, likwidację szkody

i wypłatę odszkodowania z tytułu zdarzenia ubezpieczeniowego wraz z kosztami związanymi z nimi, wszelkie działania prawne i wykonywanie prawa subrogacji i skargi" oraz że „[j]est również jasne, że wszyscy współubezpieczyciele będą automatycznie i nieodwołalnie respektować każdą decyzję lub działanie podjęte przez ubezpieczyciela wiodącego, co oznacza jednomyślną zgodę wszystkich ubezpieczycieli będących stronami umowy". Marsh zwrócił się do Komisji o przekazanie potwierdzenia, że takie rozumienie jest właściwe.

115 Faksem z dnia 2 grudnia 2013 r. Komisja poinformowała, że „pragnie przedstawić następujące wyjaśnienia w ramach odpowiedzi na pytania" Marsha i uczyniła to w następujący sposób:

„Przede wszystkim należy przypomnieć, że przyszły wykonawca będzie podlegał zobowiązaniu co do rezultatu polegającego na świadczeniu ubezpieczenia zgodnie z przepisami specyfikacji (ochrona w 100%) nieprzerwanie przez cały czas obowiązywania umowy.

W tym kontekście oferent ma obowiązek zorganizować praktyczne aspekty wykonywania umowy, które mogą obejmować, w szczególności, środki opisane w Państwa piśmie.

Jeśli chodzi o pojęcie solidarności, odsyłam Państwa do definicji znajdującej się w art. 5.1 specyfikacji technicznych (poniżej).

Jak mogą Państwo stwierdzić, artykuł ten nie nakłada szczególnych wymogów dotyczących warunków wykonywania umowy i zarządzania nią przez ubezpieczycieli wiodących, pośredników czy współubezpieczycieli.

*»**5.1 Przepisy ogólne** Wykonywanie umowy rozpoczyna się w chwili wejścia w życie umowy zgodnie z art. 1.2.1 projektu umowy. W przypadku przedstawienia oferty przez szereg ubezpieczycieli solidarnych działających jako konsorcjum lub szereg ubezpieczycieli działających jako konsorcjum reprezentowanych przez wiodącego ubezpieczyciela, w razie udzielenia zamówienia umowa zostanie podpisana przez każdego ubezpieczyciela. W takiej sytuacji oferent gwarantuje, że instytucja zamawiająca będzie mieć zapewnioną pełną ochronę ubezpieczeniową (ochrona w 100%) nieprzerwanie przez cały czas obowiązywania umowy; przy czym w przypadku, gdy oferent jest ubezpieczycielem wiodącym, odgrywa on rolę punktu kontaktowego dla instytucji zamawiającej i zarządzającego umową w trakcie jej realizacji. **W przypadku przedstawienia oferty przez szereg ubezpieczycieli solidarnych działających jako konsorcjum, reprezentowanych przez pośrednika, w razie udzielenia zamówienia umowa zostanie podpisana wspólnie przez każdego ubezpieczyciela i przez pośrednika**. W takiej sytuacji ubezpieczyciel lub ubezpieczyciele zobowiązują się również, że instytucja zamawiająca będzie mieć zapewnioną pełną ochronę ubezpieczeniową (ochrona w 100%) nieprzerwanie przez cały czas obowiązywania umowy. W takim przypadku pośrednik odgrywa rolę punktu kontaktowego dla instytucji zamawiającej i podmiotu zarządzającego umową w trakcie jej realizacji. Pośrednik otrzymuje wynagrodzenie bezpośrednio od ubezpieczyciela lub ubezpieczycieli. Pośrednik może odbierać płatność składek i służyć za pośrednika przy likwidacji szkód«.*

Biorąc pod uwagę powyższe, zwracam się do Państwa o potwierdzenie przestrzegania klauzuli odpowiedzialności solidarnej, takiej jak zdefiniowana powyżej i na pierwszej stronie projektu umowy ramowej" (wyróżnione przez Komisję czcionką wytłuszczoną i kursywą).

116 Wiadomością elektroniczną z dnia 6 grudnia 2013 r. Marsh poinformował, że nie ma „niestety […] nadal na tym etapie pewności należytego zrozumienia zobowiązania, którego przedstawienia [Komisja] od niej zażądała" w odniesieniu do kwestii odpowiedzialności solidarnej ubezpieczycieli.

117 Marsh dodał, że „zagadnienie to jest zbyt doniosłe, aby nie poświęcić na nie czasu koniecznego do pełnego obustronnego zrozumienia postanowień umownych, do których ma się [ona] zastosować". Marsh zaproponował odbycie rozmowy w celu „przedyskutowania wzajemnego rozumienia klauzuli

odpowiedzialności solidarnej", informując, że po rozmowie tej „udzielona zostanie natychmiast ostateczna odpowiedź […] na temat tego zobowiązania, a rozmowa ta pozwoli [mu] bez wątpienia wyjaśnić pojęcia, które aktualnie blokują udzielenie [Komisji] odpowiedzi".

118 Następnie Marsh przedstawił następujące wywody:

„Warto przypomnieć, że, jak zostało to już wyjaśnione w naszym wniosku z dnia 28 listopada 2013 r., Marsh złożył ofertę samodzielnie, jako pośrednik, a nie jako grupa, konsorcjum, ani oferent wspólny z jednym lub wieloma ubezpieczycielami (bez sformowania przez nich samych grupy). Zasady tej, która została uznana w Państwa faksie z dnia 27 listopada 2013 r., nie ma w art. 5.1 szczegółowych zasad wykonania umowy, do którego odsyłają Państwo w swoim ostatnim faksie (żaden z dwóch opisanych przypadków nie odpowiada charakterowi naszej oferty), podczas gdy niniejszy przetarg jest otwarty dla ubezpieczycieli i pośredników.

Złożenie oferty przez Marsh jako samodzielnego oferenta, poparte zobowiązaniami ubezpieczycieli do zapewnienia ochrony w 100%, nie wymaga i nie stanowi, naszym zdaniem, grupy w rozumieniu art. 5.1, ponieważ postanowienie to wymaga wspólnej oferty całości członków grupy, z których wszyscy, dzięki zobowiązaniom solidarnym, stają się oferentami.

Naszym zdaniem, rozróżnienie to ma wpływ na konieczność potwierdzenia zobowiązania solidarnego ze strony ubezpieczycieli lub brak takiej konieczności.

Pragniemy również lepiej zrozumieć, czy spółka Marsh, jako samodzielny oferent, jest uznawana za (samodzielnego?) wykonawcę, zważywszy, że definicja wykonawcy mówi o »przedsiębiorstwie lub zakładzie ubezpieczeń, z którym podpisana jest umowa …«. Czy w przeciwnym przypadku można uznać, że (samodzielny) oferent nie jest nawet współwykonawcą (ponieważ jest pośrednikiem), co wydaje się w sensie prawnym rozwiązaniem bardziej złożonym?

Wreszcie, wracając do pojęcia odpowiedzialności solidarnej, pozostaje pytanie, co właściwie ono obejmuje, zważywszy na przykład, że zgodnie z art. 47 ustawy o kontroli z dnia 9 lipca 1979 r. (po zmianach) (transpozycja dyrektyw europejskich) [Financial Services and Markets Authority] może nałożyć środki naprawcze mające wpływ na prawa osób trzecich (wierzycieli ubezpieczyciela). Mając na względzie sytuację finansową ubezpieczyciela belgijskiego, [Financial Services and Markets Authority] może nałożyć środki naprawcze wpływające na zobowiązanie do odpowiedzialności solidarnej, na przykład, ze względu na fakt, że zobowiązanie do odpowiedzialności solidarnej zagroziłoby własnym zobowiązaniom zwyczajnym ubezpieczyciela".

119 Faksem z dnia 18 grudnia 2013 r. Komisja odpowiedziała, że nie przewiduje organizacji wnioskowanego spotkania, ponieważ tego rodzaju kontakty nie są dopuszczalne, i wskazała, że „[w] odniesieniu do pytań [Marsha] na temat odpowiedzialności solidarnej […], [Komisja] może przedstawić następujące wyjaśnienia:"

„Należy przypomnieć, że przedmiotem niniejszego postępowania przetargowego jest zawarcie umów ubezpieczenia dla każdej z części zamówienia, zgodnie z warunkami określonymi w dokumentach przetargowych. Chodzi o bezpośrednie umowy ubezpieczeń, które mają obejmować mienie lub zobowiązania instytucji zamawiających od momentu podpisania tych umów, bez konieczności wystawienia odrębnej polisy ubezpieczeniowej. Z tego względu art. 5.1 specyfikacji technicznych przewiduje, że »wykonywanie umowy rozpoczyna się w chwili wejścia w życie umowy zgodnie z art. 1.2.1 projektu umowy«.

Tymczasem wymaganie od pośrednika podpisania umowy ubezpieczenia tylko w jego własnym imieniu, bez zobowiązania łącznego i solidarnego towarzystw ubezpieczeniowych, przekraczałoby zakres zobowiązań, jakie pośrednik może zgodnie z prawem zaciągać. Z tego właśnie powodu podobna sytuacja nie została przewidziana w niniejszym zamówieniu.

Z tego względu dokumenty postępowania przetargowego przewidują, że umowy zostaną podpisane obowiązkowo przez towarzystwa ubezpieczeniowe i w stosownych przypadkach przez pośrednika, zgodnie z warunkami przewidzianymi w pkt 5.1 specyfikacji technicznych. W takim przypadku odpowiedzialność sygnatariuszy umowy będzie odpowiedzialnością solidarną, tak jak przewidziano we wzorcu umowy załączonym do specyfikacji warunków zamówienia.

Jak już wskazano w naszym faksie z dnia 27 listopada 2013 r., oferent ma obowiązek zorganizowania praktycznych aspektów wykonywania umowy oraz podziału ról między różnymi towarzystwami ubezpieczeniowymi w celu zapewnienia prawidłowego wykonania umowy. Zatem przyszły wykonawca lub wykonawcy będą podlegać zobowiązaniu co do rezultatu polegającego na świadczeniu ubezpieczenia zgodnie z przepisami specyfikacji (ochrona w 100%) nieprzerwanie przez cały czas obowiązywania umowy. W tym kontekście odpowiedzialność solidarna stanowi dodatkową gwarancję dla instytucji zamawiających na wypadek nienależytego wykonania umowy, bez konsekwencji w postaci nałożenia na sygnatariuszy umowy innych zobowiązań dotyczących jej wykonania.

Biorąc pod uwagę powyższe, zwracam się do Państwa o potwierdzenie przestrzegania klauzuli odpowiedzialności solidarnej, takiej jak zdefiniowana powyżej, w szczególności na pierwszej stronie projektu umowy ramowej, i wyjaśnionej powyżej.

Ponadto pragnę zauważyć, że w swoim piśmie wyjaśniają Państwo, iż dysponujecie upoważnieniami od ubezpieczycieli potwierdzającymi zapewnienie ochrony ubezpieczeniowej w 100%. Uprzejmie proszę o dostarczenie nam rzeczonych upoważnień”.

120 Faksem z dnia 24 grudnia 2013 r. Marsh udzielił następującej odpowiedzi:

„Biorąc pod uwagę wyjaśnienia zawarte w tym faksie, w szczególności na temat dodatkowej gwarancji, jaką odpowiedzialność solidarna stanowi dla instytucji zamawiających na wypadek nienależytego wykonania umowy, bez konsekwencji w postaci nałożenia na sygnatariuszy umowy innych zobowiązań dotyczących jej wykonania, niniejszym potwierdzamy Państwu ochronę ubezpieczeniową w 100%.

Z tego względu w załączniku przekazujemy Państwu udzielone upoważnienia podpisane przez ubezpieczycieli potwierdzające zapewnienie ochrony w 100% przez każdego z nich w zakresie przypadającej na niego części. Sześć podpisanych upoważnień, »nałożonych na siebie«, potwierdza w pełni zapewnienie ochrony w 100% przez cały okres obowiązywania umowy.

W ramach tej struktury (dla przypomnienia, identycznej z obowiązującą w ramach obecnej umowy międzyinstytucjonalnej) Marsh składa zatem ofertę z udziałem 6 ubezpieczycieli, którzy uczestniczą w niej na zasadach współubezpieczenia, w porządku jasno określonym na schematach znajdujących się w podpisanych upoważnieniach.

Ubezpieczyciele ci nie powołali grupy ani z udziałem Marsh, ani między sobą, co również zostało wyjaśnione.

Ponieważ ubezpieczyciele ci nie stanowią grupy, oświadczają, że zgadzają się na wszystkie warunki zamówienia, w zakresie wykonywanych przez nich części umowy (»I declare that xxx will comply with all the terms of the tender specifications, for the part of the contract xxx will perform«).

Jak nam się wydaje, oświadczenia te zaspokajają żądania gwarancji instytucji zamawiających w odniesieniu do prawidłowego wykonania umowy, żałujemy jednak, że pomimo wysiłków podjętych w celu wzajemnego zrozumienia i wyjaśnienia, nie mamy pełnego przekonania, czy odpowiadają one wymogom umowy, ponieważ odpowiedzialność łączna i solidarna w rozumieniu, do jakiego Państwo się skłaniają, nie jest uznawana przez ubezpieczycieli. Może ona bowiem oznaczać, że każdy

ubezpieczyciel musiałby nie tylko zobowiązać się do wykonania części umowy wykonywanej przez niego, lecz również do 100% zobowiązań z umowy, co jest sprzeczne z zasadą współubezpieczenia, gdyż ochrona powinna być zapewniona w 100%, a nie w 600%.

Aby osiągnąć cel, do którego zmierzają Państwo w drodze nałożenia zobowiązania solidarnego ubezpieczycieli, pragniemy Państwu potwierdzić, że zwrócono się do ubezpieczyli o zobowiązanie się do wykonania przez każdego z nich jego udziału w 100% i każdy z nich to zaakceptował. Dlatego też nie ma potrzeby faktycznej ani prawnej do wprowadzenia odpowiedzialności solidarnej.

Pragniemy Państwu podziękować z góry za ostateczne wyjaśnienia w tym względzie".

121 Faksem z dnia 8 stycznia 2014 r. Komisja podziękowała skarżącej za wyjaśnienia i informacje przedstawione w piśmie z dnia 24 grudnia 2013 i zwróciła się w poniższy sposób o następujące wyjaśnienia:

„Z drugiej strony, jak wyjaśniono powyżej, zobowiązanie ze strony Państwa spółki i towarzystw ubezpieczeniowych, których upoważnienia zostały przedstawione wraz z Państwa ofertą, powinno zostać zaciągnięte przez podpisanie umowy ubezpieczenia załączonej do specyfikacji warunków zamówienia.

Fakt, że oferta została złożona w sposób indywidualny lub przez grupę oferentów nie ma żadnego znaczenia na tym etapie, zważywszy że umowa ubezpieczenia powinna zostać obowiązkowo podpisana przez towarzystwa ubezpieczeniowe, które potwierdzają, w drodze udzielenia upoważnienia, jej wykonanie w przypadku udzielenia zamówienia. Z Państwa pisma nie wynika jasno, czy tak właśnie jest.

W konsekwencji zwracam się do Państwa o potwierdzenie, że w przypadku udzielenia zamówienia, zobowiązanie umowne zostanie podpisane zarówno przez Państwa spółkę, jak i przez współubezpieczycieli uwzględnionych w Państwa ofercie".

122 Wiadomością elektroniczną z dnia 10 stycznia 2014 r. Marsh odpowiedział w sposób następujący:

"[P]otwierdzamy Państwu, że w przypadku udzielenia zamówienia Marsh i współubezpieczyciele uwzględnieni w naszej ofercie (których upoważnienia zostały ponownie potwierdzone w piśmie z dnia 24 grudnia 2013 r.) podpiszą umowę o świadczenie usług załączoną do specyfikacji warunków zamówienia, pod warunkiem że nasza oferta początkowa, upoważnienia stanowiące jej część i rozmaite dodatkowe dokumenty wyjaśniające, dotyczące w szczególności odpowiedzialności solidarnej, będą nierozerwalną częścią elementów składowych zamówienia.

Właśnie w odniesieniu do s. 1 tej umowy zauważyli Państwo w naszej dotychczasowej korespondencji, że ubezpieczyciele w załączonych do oferty upoważnieniach oświadczają, że zgadzają się na wszystkie warunki zamówienia, w zakresie wykonywanych przez nie części umowy (»I declare that xxx will comply with all the terms of the tender specifications, for the part of the contract xxx will perform«).

Mając nadzieję, że w ten sposób spełniliśmy wszystkie Państwa oczekiwania, pozostajemy z poważaniem".

123 W protokole z dnia 13 stycznia 2014 r., komisja przetargowa uznała, iż w świetle wszystkich odpowiedzi Marsh spełnia kryteria braku przesłanek wykluczenia i kryteria wyboru wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu. Odnośnie do oceny finansowej, komisja przetargowa uznała, iż Marsh dostarczył żądane wyjaśnienia i dokumenty, a jego oferta na część nr 1 zamówienia, z uwzględnieniem wyjaśnień udzielonych przez oferenta, jest zgodna z przepisami specyfikacji i kwalifikuje się do oceny finansowej.

124 W dniu 30 stycznia 2014 r. Komisja wydała zaskarżoną decyzję.

125 Jednak, jak wynika z powyższego opisu korespondencji między spółką Marsh i Komisją, instytucja ta nie mogła już rychło żywić wątpliwości co do faktu, że oferta Marsha z dnia 25 października 2013 r. nie została opracowana – ani zatem wyliczona – na podstawie zobowiązania solidarnego, to znaczy zobowiązania każdego z ubezpieczycieli do zapewnienia, w razie potrzeby, całości ochrony ubezpieczeniowej.

126 Najpóźniej po otrzymaniu faksu spółki Marsh w dniu 24 grudnia 2013 r. (zob. pkt 120 powyżej), a w jeszcze większej mierze po otrzymaniu wiadomości elektronicznej z dnia 10 stycznia 2014 r. (zob. pkt 122 powyżej), Komisja powinna była podnieść, że oferta spółki Marsh zawierała w rzeczywistości, jak spółka ta sama przyznała, jedynie odpowiedzialność wspólną ubezpieczycieli, każdego z tytułu swojego udziału. Komisja powinna była zatem stwierdzić, że oferta Marsha nie była zgodna z wymogami zamówienia, i uznać, że prowadzenie dalszego postępowania z myślą o podpisaniu umowy ze spółką Marsh oznacza naruszenie równości traktowania w stosunku do pozostałego oferenta.

127 Okoliczność, że ostatecznie po wycofaniu się AIG i zastąpienia jej dwoma innymi ubezpieczycielami, ochrona z ubezpieczenia świadczonego na podstawie umowy podpisanej pomiędzy Komisją, Marshem i ubezpieczycielami ostatecznie zaproponowanymi przez Marsha obejmowała zobowiązanie solidarne tych ubezpieczycieli, w żaden sposób nie podważa wniosku w pkt 126 powyżej. Przeciwnie, zmiany te jedynie potwierdzają to, co wynika z korespondencji poprzedzającej wydanie zaskarżonej decyzji.

128 Należy podkreślić, że decydujące znaczenie dla niniejszego postępowania ma nie fakt, że ostateczna ochrona ubezpieczeniowa świadczona przez Marsha i ubezpieczycieli, z powodu tych zmian, obejmowała odpowiedzialność solidarną wymaganą w specyfikacji warunków zamówienia bez zmiany ceny wskazanej w ofercie Marsha w dniu 25 października 2013 r., lecz że oferta spółki Marsh w kształcie, w jakim została złożona, nie przewidywała takiej odpowiedzialności solidarnej i, co za tym idzie, nie została opracowana zgodnie z warunkami specyfikacji.

129 Jeśli chodzi o powołanie się przez Komisję na pewne okoliczności nadzwyczajne, w szczególności obecność na upoważnieniu udzielonym przez AIG, przywołanym w pkt 105 powyżej, odręcznej notatki („Z wyjątkiem klauzuli odpowiedzialności solidarnej […]. Nie akceptujemy tej klauzuli.”), a następnie przesłanie późniejszego upoważnienia AIG, które nie zawierało już tej wzmianki (zob. pkt 120 powyżej), nie jest ono w stanie podważyć faktu, że Komisja nie mogła mieć żadnych złudzeń co do braku odpowiedzialności solidarnej w ofercie Marsha.

130 Jeśli bowiem prawdą jest, że na wniosek Komisji spółka Marsh przekazała jej później upoważnienie AIG niezawierające już odręcznej wzmianki, nie zmienia to faktu, że ostatnie z tych upoważnień nadal dopuszczało ograniczenie zobowiązania finansowego ubezpieczyciela, oraz faktu, że ubezpieczyciel zobowiązywał się do związania warunkami oferty „w zakresie wykonywanej przez niego części umowy” (for the part of the contract it will perform). Tak więc samo usunięcie odręcznej wzmianki, o której mowa w pkt 129 powyżej, nie oznacza, że AIG zrezygnowała z wyłączenia odpowiedzialności solidarnej.

131 Ponadto, co ważniejsze, upoważnienie AIG bez odręcznej wzmianki (a także pięć pozostałych, sformułowanych w ten sam sposób upoważnień pięciu innych ubezpieczycieli zaproponowanych przez Marsha) zostało załączone do pisma spółki Marsh z dnia 24 grudnia 2013 r. Tymczasem pismo to, jak wynika z jego treści (zob. pkt 120 powyżej), wyklucza wyraźnie solidarność ubezpieczycieli. Po zapoznaniu się z jego treścią Komisja nie mogła mieć w tym zakresie żadnych uzasadnionych wątpliwości. W ostatecznym rozrachunku usunięcie odręcznej wzmianki, prowadzące do ujednolicenia treści wszystkich upoważnień ubezpieczycieli zaproponowanych przez Marsha (z których wszystkie obejmowały wzmianki o zobowiązaniu się ubezpieczycieli „w zakresie wykonywanej przez niego części

umowy"), powinno było, łącznie z treścią pisma z dnia 24 grudnia 2013 r., tym bardziej przekonać Komisję, że w odniesieniu do oferty Marsha ma do czynienia z problemem dotyczącym odpowiedzialności solidarnej.

132 Wreszcie w następstwie pisma z dnia 24 grudnia 2013 r. wiadomość elektroniczna z dnia 10 stycznia 2014 r. (zob. pkt 122 powyżej) mogła jedynie dodatkowo przekonać Komisję o rzeczywistym braku zobowiązania solidarnego towarzystw ubezpieczeniowych w ofercie Marsha. Komisja nie mogła zatem pominąć faktu, że oferta ta była niezgodna z wymogami przetargu i że została opracowana na podstawie zobowiązań finansowych nieporównywalnych z zobowiązaniami w ramach oferty skarżącej. A zatem Komisja, zamiast stwierdzić niezgodność oferty Marsha i ją odrzucić, kontynuowała wymianę informacji z tym przedsiębiorstwem i przyjęła zaskarżoną decyzję z oczywistym naruszeniem zasady równego traktowania.

133 Z całości powyższych rozważań wynika, że pierwsza część zarzutu nieważności jest zasadna.

W przedmiocie drugiej części zarzutu, opartej na naruszeniu zasady równego traktowania ze względu na zmianę oferty Marsha po otwarciu ofert

134 Skarżąca podnosi, że skład konsorcjum zawiązanego przez Marsha został po otwarciu ofert zmieniony. Co najmniej jeden z ubezpieczycieli, a mianowicie spółka AIG, która odmówiła zobowiązania się solidarnego do wykonania zamówienia, został bowiem odsunięty.

135 Ta zmiana składu konsorcjum zawiązanego przez Marsha, która miała miejsce po otwarciu ofert, nie może zostać uznana za „wyjaśnienie" treści oferty lub „skorygowanie błędu pisarskiego" w rozumieniu art. 160 ust. 3 rozporządzenia wykonawczego. Zezwalając na tę zmianę Komisja naruszyła zasadę równego traktowania oferentów w powiązaniu z art. 112 ust. 1 rozporządzenia finansowego i art. 160 rozporządzenia wykonawczego.

136 Wreszcie oczywiste jest, że w przypadku braku tej nieprawidłowości w udzieleniu zamówienia, postępowanie administracyjne mogło zakończyć się innym wynikiem. Jeżeli bowiem Komisja odrzuciłaby ofertę Marsha jako niezgodną z warunkami, zamówienie zostałoby udzielone skarżącej, ponieważ była ona jedynym innym przedsiębiorstwem, które złożyło ofertę na to zamówienie oraz którego oferta była zgodna z wymogami.

137 W replice skarżąca podnosi na podstawie nowych elementów, że niezgodne z prawem zmiany oferty Marsha były trojakie.

138 Po pierwsze, tożsamość ubezpieczycieli, którzy udzielili Marshowi upoważnienia, i ich sytuacja finansowa nie są jedynie praktycznymi aspektami wykonywania umowy. Zastąpienie AIG przez innych ubezpieczycieli po otwarciu ofert stanowi niezgodną z prawem zmianę oferty.

139 Po drugie, mimo iż całkowita cena oferty Marsh pozostała niezmieniona, warunki negocjacji między spółką Marsh i ubezpieczycielami dotychczasowymi i nowymi bez wątpienia były zupełnie inne niż przed złożeniem oferty, ponieważ, po pierwsze, cena zaproponowana przez skarżącą była już znana, a po drugie, ubezpieczyciele mieli pewność, że zamówienie zostanie udzielone Marshowi. W ten sposób odejście AIG i propozycja nowych udziałów przypadających na poszczególnych ubezpieczycieli doprowadziły do powstania po stronie Marsha przewagi konkurencyjnej.

140 Po trzecie, Komisja umożliwiła spółce Marsh „konwersję" jej oferty przedstawionej niezgodnie z prawem jako oferta samodzielnego oferenta bez odpowiedzialności solidarnej w ofertę wspólną z solidarnością. Ponieważ ubezpieczyciele odmówili wyraźnie ponoszenia jakiejkolwiek

odpowiedzialności solidarnej i zobowiązali się wyłącznie w zakresie przypadającej na każdego z nich części umowy, Komisja nie mogła skontaktować się z Marsh w celu zażądania późniejszych „wyjaśnień” lub „skorygowania”.

141 Akceptując dokumenty i istotne modyfikacje oferty Marsha po otwarciu ofert Komisja naruszyła podstawową zasadę, zgodnie z którą udzielenie zamówienia jest dokonywane na podstawie ofert złożonych w wyznaczonym terminie, a nie na podstawie późniejszych informacji.

142 Komisja nie zgadza się ze stanowiskiem skarżącej.

143 W pierwszej kolejności Marsh zaprezentowała się jako samodzielny oferent-pośrednik, a nie oferent z ramienia konsorcjum. Nie mogło więc dojść do „zmiany konsorcjum”.

144 W drugiej kolejności, kontakty między Komisją a oferentami (zarówno Marshem, jak i skarżącą) przed wydaniem decyzji o udzieleniu zamówienia zostały podjęte przy pełnym poszanowaniu przepisów mających zastosowanie w dziedzinie zamówień publicznych. W przypadku Marsha dotyczyły one żądań uzupełnienia dokumentów odnoszących się do kryteriów wyboru, skorygowania wykrytych błędów pisarskich i udzielenia wyjaśnień w odniesieniu do przestrzegania niektórych zobowiązań wynikających ze specyfikacji warunków zamówienia, w sposób w pełni zgodny z art. 158 ust. 3 i art. 160 ust. 3 rozporządzenia wykonawczego. Nie miała miejsca żadna zmiana warunków oferty Marsha, czyli ochrony w 100% przed ryzykami określonymi w specyfikacji i ceny oferty.

145 W trzeciej kolejności, po udzieleniu zamówienia, a nawet po wysłaniu Marshowi do podpisu dwóch egzemplarzy projektu umowy, spółka AIG, która była jednocześnie jednym z ubezpieczycieli, którzy początkowo udzielili upoważnienia Marsh w odniesieniu do umowy, jak i ubezpieczycielem tworzącym grupę ze skarżącą, odmówiła podpisania go w postaci, w jakiej był on przewidziany w specyfikacji warunków zamówienia. Jednakże w przeciwieństwie do tego, co jest sugerowane przez skarżącą, żaden z ubezpieczycieli nie został „odsunięty” przez Komisję ani przez Marsh. To sam ubezpieczyciel odmówił podpisania umowy ubezpieczenia.

146 Komisja podnosi, że spółka Marsh, która złożyła ofertę jako samodzielny oferent-pośrednik, miała obowiązek zorganizowania praktycznych aspektów wykonania umowy oraz podziału ról między różnymi towarzystwami ubezpieczeniowymi w celu zapewnienia prawidłowego wykonania umowy, przy czym było oczywiste, że wykluczone są jakiekolwiek zmiany warunków oferty. Zatem Marsh zaproponował (a Komisja zaakceptowała) zastąpienie AIG przez pozostałych ubezpieczycieli, którzy już udzielili upoważnienia, i przez dwóch nowych ubezpieczycieli. Dzięki temu umowa ubezpieczenia mogła zostać podpisana w dniu 27 lutego 2014 r.

147 W tym względzie należy położyć nacisk na okoliczność, że zastąpienie AIG nie wymagało zmiany warunków zamówienia ani warunków zawartych w pierwotnej ofercie Marsha, która jest zakazana na mocy art. 112 ust. 1 rozporządzenia finansowego, zważywszy, że Marsh złożył ofertę jako oferent samodzielny, że sam spełnił kryteria wyboru określone dla zamówienia, że warunki oferty (ochrona w 100% i cena) pozostały niezmienione i że umowa podpisana przez niego i ubezpieczycieli była w pełni zgodna (a nawet identyczna) z projektem umowy włączonym do specyfikacji warunków zamówienia.

148 Ponadto należy zauważyć, że nawet po podpisaniu umowy i wejściu jej w życie oferent, któremu udzielono zamówienia, miałby obowiązek wykonywania jej zgodnie ze swoją ofertą i specyfikacją warunków zamówienia. Jeżeli jeden z ubezpieczycieli sygnatariuszy umowy wycofa się lub stanie się niewypłacalny, wybrany oferent ma obowiązek zaproponować Komisji alternatywę, która nie wywołuje żadnej zmiany oferty i specyfikacji warunków zamówienia. Skarżąca sama przewidziała w swojej ofercie przypadek zastąpienia ubezpieczyciela należącego do jej grupy, wskazując, że „[w] przypadku

gdy ubezpieczyciel będzie zmuszony do rozwiązania polisy z powodów niezależnych od swej woli, Vanbreda dołoży wszelkich starań, aby ochrona ubezpieczeniowa mogła być zapewniona na ustalonych początkowo warunkach".

149 W duplice Komisja, odnosząc się do argumentów, wedle których zmieniła ona niezgodnie z prawem ofertę Marsh w trzech aspektach (tożsamość i udziały ubezpieczycieli, charakter oferty), odsyła do odpowiedzi na skargę, z następującymi wyjaśnieniami. Jeśli chodzi o zastąpienie jednego z ubezpieczycieli, nastąpiło ono bez zmiany warunków oferty (ochrona w 100%, zobowiązanie solidarne towarzystw ubezpieczeniowych i cena). Jeśli chodzi o udziały, zależą one od wewnętrznych stosunków między ubezpieczycielami, którzy udzielili Marshowi upoważnienia do realizacji umowy, a nie od zamówienia jako takiego. W odniesieniu do rzekomej konwersji oferty samodzielnej bez solidarności w ofertę wspólną z solidarnością, Komisja odsyła w tym zakresie do swych uwag w przedmiocie braku konwersji.

150 Zgodnie z art. 112 ust. 1 rozporządzenia finansowego podczas trwania procedury udzielania zamówienia wszelkie kontakty między instytucją zamawiającą a kandydatami lub oferentami muszą spełniać warunki gwarantujące przejrzystość i równe traktowanie. Nie mogą one prowadzić do zmiany warunków zamówienia lub treści pierwotnej oferty.

151 Zgodnie z art. 160 rozporządzenia wykonawczego kontakty między instytucjami zamawiającymi i oferentami w trakcie procedury przetargowej mogą mieć miejsce w drodze wyjątku. Jeżeli po otwarciu ofert wymagane są pewne wyjaśnienia w związku z ofertą lub jeżeli oczywiste błędy pisarskie w ofercie wymagają skorygowania, instytucja zamawiająca może skontaktować się z oferentem; taki kontakt nie może jednak prowadzić do jakiejkolwiek zmiany warunków oferty.

152 W niniejszym przypadku, jak wynika z dowodów zbadanych w ramach części pierwszej jedynego zarzutu, kontakty nawiązane między spółką Marsh i Komisją po otwarciu ofert dotyczyły, w szczególności, warunku odpowiedzialności solidarnej, który jest istotnym warunkiem specyfikacji warunków zamówienia.

153 Kontakty te pokazały, że oferta Marsha z dnia 25 października 2013 r. zasadniczo nie obejmowała zobowiązania solidarnego przewidzianego w specyfikacji warunków zamówienia i że w konsekwencji nie można uznać, że cena oferty Marsha została wyliczona na podstawie zgodnej z warunkami zamówienia.

154 Mimo tego, że Komisja powinna była natychmiast wyciągnąć konsekwencje i nie udzielać zamówienia spółce Marsh, tym bardziej, że w niniejszym przypadku zamówienie było udzielane oferentowi, który zaproponował najniższą cenę, Komisja tego zamówienia udzieliła. W następstwie odmowy przez jednego z ubezpieczycieli przyjęcia odpowiedzialności solidarnej i podpisania umowy ubezpieczenia, ubezpieczyciel ten został zastąpiony przez dwóch nowych ubezpieczycieli, udziały zostały zmienione i umowa została ostatecznie podpisana między, z jednej strony, Komisją, a z drugiej strony, Marshem i siedmioma ubezpieczycielami.

155 W celu uzasadnienia swojego stanowiska Komisja powołuje się na obowiązek podmiotu, któremu udzielono zamówienia, do zaproponowania w przypadku niewypłacalności lub wycofania się ubezpieczycieli będących sygnatariuszami umowy alternatywnego rozwiązania bez zmiany oferty ani specyfikacji.

156 Wystarczy stwierdzić, że w niniejszym przypadku nie chodzi o wycofanie się ani o niewypłacalność ubezpieczyciela po podpisaniu umowy ubezpieczenia, które to wycofanie lub upadłość rzeczywiście na podstawie umowy zobowiązywałoby podmiot, któremu udzielono zamówienia, do znalezienia rozwiązania w celu zapewnienia ciągłości usług umownych, lecz o wycofanie, które zaszło przed podpisaniem umowy, a zatem podlega zasadom udzielania zamówień publicznych.

157 Z powyższego wynika, że kontakty nawiązane między Komisją a Marshem doprowadziły w istocie do zasadniczej zmiany treści pierwotnej oferty Marsha, naruszając przez to zasady mające zastosowanie do zamówień publicznych, a w szczególności zasady równego traktowania oferentów.

158 Należy zatem uznać, że zarzut nieważności, w zakresie jego drugiej części, jest również uzasadniony.

Wnioski w przedmiocie żądania stwierdzenia nieważności

159 Z całości powyższych rozważań, nawet bez konieczności orzekania w przedmiocie trzeciej części zarzutu, opartej na naruszeniu zasady przejrzystości, wynika, że niniejszy zarzut należy uwzględnić, a tym samym stwierdzić nieważność zaskarżonej decyzji.

W przedmiocie żądania odszkodowania

160 Skarżąca wskazuje, że wykazała istnienie wielu naruszeń popełnionych przez Komisję, które rozpatrywane indywidualnie, a już na pewno rozpatrywane łącznie, mogą stanowić wystarczająco istotne naruszenie prawa Unii.

161 Jeśli chodzi o szkodę poniesioną przez skarżącą, polega ona na utracie szansy, a nawet pewności zdobycia zamówienia oraz na utracie referencji i poniesieniu szkody niemajątkowej.

162 Strona skarżąca twierdzi, że wysokość owych szkód można określić ex æquo et bono na kwotę ryczałtową w wysokości 1 000 000 EUR.

163 Jest bowiem oczywiste, że w przypadku braku nieprawidłowości popełnionych przez Komisję w udzieleniu zamówienia postępowanie administracyjne mogło zakończyć się innym wynikiem. Gdyby bowiem Komisja odrzuciła ofertę Marsha, zamówienie zostałoby udzielone skarżącej, ponieważ byłaby ona jedynym innym przedsiębiorstwem, które startowało w tym przetargu oraz które złożyło ofertę zgodną z wymogami specyfikacji warunków zamówienia.

164 Ponadto jest bezsprzeczne, że zamówienie dotyczące umów ubezpieczenia od ognia, ryzyka związanego z zespołem nieruchomości i mieniem znajdującym się w nieruchomościach dla wszystkich instytucji europejskich stanowi bardzo znaczące referencje w podobnych postępowaniach przetargowych. Poza zwykłymi referencjami, certyfikaty należytego wykonania miałyby kluczowe znaczenie w fazie selekcji technicznej w przyszłych przetargach. Takie certyfikaty były zresztą wymagane w niniejszej procedurze przetargowej. Tymczasem oczywiste jest, że w zakresie, w jakim omawiane zamówienie nie zostało jej udzielone, skarżąca straciła możliwość uzyskania certyfikatów należytego wykonania odnoszących się do tego zamówienia, obejmującego szereg instytucji europejskich.

165 Wreszcie fakt, że Komisja nie przyjęła oferty skarżącej, mimo że była ona jedyną zgodną z wymogami ofertą złożoną w ramach postępowania, jest sprzeczny z uzasadnionymi oczekiwaniami skarżącej na zdobycie zamówienia i wyrządziło stronie skarżącej szkodę niemajątkową.

166 W replice skarżąca przypomina, że przede wszystkim żąda spełnienia świadczenia w postaci udzielenia zamówienia. A zatem jedynie w zakresie, w jakim skarżąca nie uzyska zasądzenia takiego świadczenia w wyroku Sądu, wnosi ona o naprawienie całości poniesionej szkody w drodze wypłaty równowartości.

167 Skarżąca utrzymuje, że już dobitnie dowiodła zawinionego działania Komisji. W odniesieniu do szkody, jest ona rzeczywista i pewna. Co się tyczy prawnej możliwości zrezygnowania z obecnego postępowania przetargowego i rozpoczęcia innego postępowania, ma ona, mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, charakter czysto teoretyczny. Prawdopodobieństwo uzyskania zamówienia przez skarżącą było

prawie pewne. W kategoriach czysto finansowych wartość tej umowy wyniosłaby 3 742 000 EUR przez cztery lata. Skarżąca twierdzi, że poniosła szkodę niemajątkową ze względu na utratę referencji i renomy. Skarżąca utrzymuje zatem, że jej szkoda może zostać ustalona na 1 000 000 EUR.

168 Komisja zaprzecza, jakoby dopuściła się jakiegokolwiek bezprawnego działania. Pomocniczo Komisja podnosi, że nie popełniła żadnego poważnego i oczywistego przekroczenia granic przysługującego jej uznania. Przeciwnie, z okoliczności faktycznych niniejszej sprawy jasno wynika, że należycie przeprowadziła w dobrej wierze wszelkie możliwe działania w celu zapewnienia, by postępowanie o udzielenie zamówienia było zgodne ze wszystkimi właściwymi przepisami, w celu sprawdzenia, czy otrzymane oferty były w pełni zgodne ze specyfikacją warunków zamówienia, i aby upewnić się, że nowa umowa ubezpieczenia wejdzie terminowo w życie, zapewniając w 100% ochronę ubezpieczeniową instytucji zamawiającej.

169 Jeśli chodzi o szkodę, skarżąca powołuje się jedynie pokrótce na naprawienie trzech rodzajów szkód, które, jak twierdzi, poniosła. Skarżąca nie wykazała, że podnoszone szkody są rzeczywiste i pewne.

170 Po pierwsze, w odniesieniu do utraty szansy uzyskania zamówienia, skarżąca nic nie utraciła, ponieważ jej oferta nie zawierała najniższej ceny, a Komisja nie miała żadnego powodu, aby wykluczyć ofertę Marsha ani uznać ją za sprzeczną z wymogami.

171 Po drugie, w odniesieniu do utraty referencji, brak jest szkody rzeczywistej i pewnej. Z jednej strony, brak nowych referencji nie może zmienić sam z siebie zdolności skarżącej do udziału w podobnych przyszłych zamówieniach. Z drugiej strony, szkoda ta jest hipotetyczna: skarżąca nie może twierdzić, iż na pewno otrzymałaby certyfikat należytego wykonania umowy, ponieważ uzyskanie tego certyfikatu jest związane z konkretnym wykonywaniem umowy i nie może być zapewnione z góry.

172 Po trzecie, skarżąca nie wskazała żadnej szkody niemajątkowej, ograniczając się do stwierdzenia, że brak udzielenia jej zamówienia jest sprzeczny z jej „uzasadnionymi oczekiwaniami". Instytucja zamawiająca zresztą nie wywołała w żadnym momencie u skarżącej uzasadnionego przekonania lub uzasadnionych oczekiwań co do udzielenia zamówienia.

173 W duplice Komisja podnosi, że skarżąca uzyskała zawieszenie umowy i zorganizowanie procedury negocjacyjnej, po zakończeniu której zawarły one wspólnie umowę na okres maksymalny 18 miesięcy, licząc od dnia 17 lutego 2015 r. Elementy te powinny być brane pod uwagę przy obliczaniu szkody.

174 Niemniej jednak podnoszone szkody nie są ani rzeczywiste, ani pewne ani nie zostały przez skarżącą faktycznie poniesione. Tak więc nawet jeżeli specyfikacja byłaby interpretowana zawężająco lub gdyby ofertę Marsha uznać za ofertę wspólną, oferta skarżącej nadal nie mogłaby zostać uznana za ważną.

175 Ponadto Komisja miała możliwość unieważnienia spornego postępowania o udzielenie zamówienia.

176 Komisja kwestionuje też wysokość podnoszonej szkody. Skarżąca, działająca jedynie jako pośrednik na własny rachunek, nie mogłaby odnieść zysku, który – jak podnosi – utraciła, w takiej wysokości.

177 Odnośnie do szkody niemajątkowej, wynikającej z rzekomo wyjątkowego charakteru zamówienia, Komisja ów wyjątkowy charakter kwestionuje.

178 Na mocy art. 340 akapit drugi TFUE w dziedzinie odpowiedzialności pozaumownej Unia powinna naprawić, zgodnie z zasadami ogólnymi, wspólnymi dla praw państw członkowskich, szkody wyrządzone przez jej instytucje lub jej pracowników przy wykonywaniu ich funkcji.

179 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem powstanie odpowiedzialności pozaumownej Unii, w rozumieniu przytoczonego wyżej postanowienia, z tytułu bezprawnego zachowania jej organów jest podporządkowane łącznemu spełnieniu wszystkich przesłanek, a mianowicie: bezprawnego zachowania

zarzucanego instytucji lub organowi Unii, rzeczywistego charakteru szkody oraz istnienia związku przyczynowego między zarzucanym zachowaniem a podnoszoną szkodą (wyrok z dnia 29 września 1982 r. Oleifici Mediterranei/EWG, 26/81, Zb.Orz., EU:C:1982:318, pkt 16; z dnia 9 września 2008 r. FIAMM i in./Rada i Komisja, C-120/06 P i C-121/06 P, Zb.Orz., EU:C:2008:476, pkt 106 i 164–166; z dnia 9 września 2010 r. Evropaïki Dynamiki/Komisja, T-300/07, Zb.Orz., EU:T:2010:372, pkt 137; i z dnia 16 października 2014 r., Evropaïki Dynamiki/Komisja, T-297/12, EU:T:2014:888, pkt 28). Ponadto, jeśli chodzi o przesłankę dotyczącą niezgodności z prawem zaskarżonego zachowania, należy stwierdzić, że zgodnie z istniejącym orzecznictwem konieczne jest wykazanie istnienia wystarczająco istotnego naruszenia normy prawnej, która przyznaje jednostkom określone uprawnienia. Rozstrzygające znaczenie dla stwierdzenia, czy wyczerpane zostały znamiona istotnego naruszenia prawa, ma oczywiste i poważne wykroczenie przez odnośną instytucję lub organ Unii poza granice przysługującego im swobodnego uznania (zob. podobnie wyroki: z dnia 4 lipca 2000 r., Bergaderm i Goupil/Komisja, C-352/98 P, Zb.Orz., EU:C:2000:361, pkt 42–44; z dnia 10 grudnia 2002 r., Komisja/Camar i Tico, C-312/00 P, Rec, EU:C:2002:736, pkt 54; ww. w pkt 65 AFCon Management Consultants i in./Komisja, EU:T:2005:107, pkt 93; i ww. Evropaïki Dynamiki/Komisja, EU:T:2014:888, pkt 29).

180 Co się tyczy przesłanki powstania odpowiedzialności dotyczącej bezprawności, należy wskazać, że stwierdzono, w szczególności, naruszenie przez Komisję równości traktowania oferentów. Poprzez naruszenie zasady równego traktowania, której przestrzeganie jest istotne dla zgodności procedur przetargowych z prawem, Komisja naruszyła regułę prawną, mającą na celu przyznanie praw jednostkom (zob. podobnie wyroki: ww. w pkt 65 AFCon Management Consultants i in./Komisja, EU:T:2005:107, pkt 91; oraz z dnia 2 marca 2010 r., Arcelor przeciwko Parlamentowi i Radzie, T-16/04, Zb.Orz., EU:T:2010:54, pkt 134).

181 Należy ponadto zauważyć, że mamy do czynienia w niniejszym przypadku z naruszeniem wystarczająco istotnym. Przeprowadzając bowiem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z udziałem Marsha w okolicznościach opisanych w szczególności w pkt 102–128 i 151–156 powyżej, Komisja przekroczyła w sposób oczywisty i poważny granice przysługującego jej uznania.

182 Jeśli chodzi o przesłanki powstania odpowiedzialności pozaumownej dotyczące istnienia szkody oraz związku przyczynowego między uchybieniem i szkodą, Komisja twierdzi, odnosząc się bardziej szczegółowo do związku przyczynowego, że nawet jeżeli specyfikacja byłaby interpretowana zawężająco lub gdyby ofertę Marsh uznać za ofertę wspólną, oferta skarżącej nadal nie mogłaby zostać uznana za ważną.

183 Argumentacja ta obejmuje dwa aspekty.

184 Po pierwsze, w drodze tej argumentacji Komisja utrzymuje, że niezawężająca wykładnia dokumentacji postępowania przetargowego, której broni i zgodnie z którą ofertę złożoną przez samodzielnego oferenta-pośrednika należy uznać za dopuszczalną, niesie korzyści również dla skarżącej, której oferta w braku takiego podejścia niezawężającego, jak podnosi Komisja, nie mogłaby być uznana za ważną. Tak więc według Komisji dokumentacja postępowania przetargowego interpretowana w sposób zawężający, za czym opowiada się skarżąca, w każdym razie wykluczyłaby jej ofertę. Nie może być zatem mowy o związku przyczynowym między uchybieniem Komisji, które w rzeczywistości przysłużyło się interesom skarżącej, i odrzuceniem jej oferty.

185 Argument ten należy oddalić.

186 O ile bowiem (jak zostało to stwierdzone w ramach badania pierwszej części jedynego zarzutu nieważności) treść i kontekst systemowy dokumentacji postępowania przetargowego wykluczały złożenie oferty przez samodzielnego oferenta-pośrednika, o tyle jej treść i kontekst systemowy nie sprzeciwiały się w żaden sposób złożeniu oferty wspólnej przez grupę złożoną z pośrednika i jednego ubezpieczyciela.

187 Oczywiście, można wyobrazić sobie, że oferta wspólna, szczególnie w kontekście – tak jak w niniejszym przypadku – ochrony dużego zakresu ryzyka, mogłaby zainteresować raczej szereg ubezpieczycieli jednoczących siły wokół jednego pośrednika, niż jednego ubezpieczyciela reprezentowanego przez pośrednika. Jednak chociaż okoliczność ta może ewentualnie wyjaśnić częste stosowanie liczby mnogiej („ubezpieczyciele") w dokumentacji postępowania przetargowego, to nie jest jednak w stanie uzasadnić wykluczenia możliwości złożenia oferty przez grupę składającą się z pośrednika i jednego ubezpieczyciela.

188 Ponadto złożenie oferty przez taką grupę nie jest sprzeczne z kontekstem systemowym ustanowionym przez postępowanie przetargowe. Jest bowiem jasne, że w przypadku oferty wspólnej, czy to z jednym, czy z wieloma ubezpieczycielami reprezentowanymi przez pośrednika, w ramach postępowania przetargowego należy przedstawić informacje na temat każdego członka grupy, w odróżnieniu od oferty złożonej przez samodzielnego oferenta-pośrednika.

189 Co więcej, należy stwierdzić, że wykładnia specyfikacji warunków zamówienia, która wkluczyłaby złożenie oferty wspólnej przez grupę składającą się z ubezpieczyciela reprezentowanego przez pośrednika, podczas gdy dopuszczalne byłoby złożenie oferty przez samodzielnego oferenta-ubezpieczyciela lub oferty wspólnej przez grupę złożoną z dwóch ubezpieczycieli reprezentowanych przez pośrednika, byłaby sprzeczna, z powodu braku jakiegokolwiek obiektywnego uzasadnienia, z zasadą równego traktowania.

190 W duplice Komisja wyjaśnia, że podczas sporządzania specyfikacji oczekiwała, iż otrzyma oferty od samodzielnego ubezpieczyciela lub od szeregu ubezpieczycieli działających w ramach konsorcjum, ewentualnie reprezentowanych przez ubezpieczyciela wiodącego lub pośrednika. Jednakże nie wykazała ona, ani tym bardziej nie zrobiła tego w przekonujący sposób, w jaki sposób złożenie oferty wspólnej przez ubezpieczyciela i pośrednika wykraczałoby poza jej prognozy dotyczące postępowania przetargowego.

191 Wreszcie tytułem uzupełnienia należy zauważyć, że w kontekście ofert wspólnych art. 5.1 akapit trzeci specyfikacji technicznych, odnoszący się do podpisania umowy ubezpieczenia, stanowi, że „w przypadku przedstawienia oferty przez szereg ubezpieczycieli solidarnych działających jako konsorcjum, reprezentowanych przez pośrednika, w razie udzielenia zamówienia umowa zostanie podpisana wspólnie przez każdego ubezpieczyciela i przez pośrednika". Przepis ten stanowi, że „w takiej sytuacji ubezpieczyciel lub ubezpieczyciele zobowiązują się również, że instytucja zamawiająca będzie mieć zapewnioną pełną ochronę ubezpieczeniową (ochrona w 100%) nieprzerwanie przez cały czas obowiązywania umowy" i że „[p]ośrednik otrzymuje wynagrodzenie bezpośrednio od ubezpieczyciela lub ubezpieczycieli". Ponadto specyfikacje techniczne definiują pojęcie „wykonawcy" jako „towarzystwo lub zakład ubezpieczeń, z którym zawarta została umowa i który wyznaczony jest do jej wykonania na określonych warunkach".

192 Posłużenie się liczbą pojedynczą („ubezpieczyciel lub ubezpieczyciele", „towarzystwo lub zakład ubezpieczeń") potwierdza i tak już wystarczające argumenty, przedstawione w pkt 185–190 powyżej, zgodnie z którymi dokumentacja postępowania przetargowego nie wykluczała złożenia oferty wspólnej przez grupę składającą się z pośrednika i jednego ubezpieczyciela.

193 Po drugie, argumentacja przedstawiona w pkt 182 powyżej zmierza do tego, że gdyby ofertę Marsha zakwalifikować jako ofertę wspólną, to oferta skarżącej nie mogłaby zostać uznana za ważną, ponieważ w obu ofertach brał udział jednocześnie ten sam ubezpieczyciel (AIG).

194 Niezależnie od faktu, że nie jest w żaden sposób udowodnione, iż założenie przyjęte przez Komisję prowadziłoby automatycznie w okolicznościach niniejszej sprawy do postulowanych konsekwencji (zob. podobnie i analogicznie wyrok z dnia 19 maja 2009 r., Assitur, C-538/07, Zb.Orz., EU:C:2009:317, pkt 30; z dnia 23 grudnia 2009 r., Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, Zb.Orz., EU:C:2009:808, pkt 38–42 i 46 oraz sentencja, i z dnia 13 grudnia 2012 r. Forposta i ABC

Direct Contact, C-465/11, Zb.Orz., EU:C:2012:801, pkt 14), należy stwierdzić, że założenie to nie odpowiada rzeczywistości. Oferta Marsha nie jest bowiem ofertą wspólną, lecz ofertą samodzielnego oferenta-pośrednika, sprzeczną z tego względu ze specyfikacją warunków zamówienia, i to ta oferta powinna była w związku tym, z powodów przedstawionych w ramach analizy pierwszej części zarzutu nieważności, zostać uznana przez Komisję za nieważną. Argument Komisji należy zatem oddalić.

195 Oprócz powyższego Komisja podnosi, że podnoszone szkody nie są ani rzeczywiste, ani pewne, ani dotyczące konkretnie skarżącej oraz, pomocniczo, że należy uwzględnić zawieszenie umowy spółki Marsh i przyznanie skarżącej umowy zastępczej.

196 Po pierwsze, odnośnie do utraty szansy uzyskania zamówienia, należy podnieść, że oferta skarżącej została uznana przez Komisję za zgodną z wymogami, że była to jedyna oferta poza ofertą spółki Marsh i że została ona odrzucona na rzecz oferty Marsha ze względu na to, że ta zawierała najniższą cenę.

197 Wynika z tego, że jeśli oferta Marsha zostałaby uznana za niezgodną z wymogami w zakresie, w jakim wbrew wymogom dokumentacji postępowania przetargowego została złożona przez samodzielnego oferenta-pośrednika, lub gdyby oferta ta została uznana za niezgodną z wymogami w zakresie, w jakim nie obejmowała odpowiedzialności solidarnej ubezpieczycieli, skarżąca miałaby bardzo duże szanse na uzyskanie zamówienia.

198 Komisja nie sprzeciwia się zresztą tej tezie z przekonaniem. Ogranicza się do ponownego stwierdzenia, iż nie naruszyła prawa, do powtórzenia argumentów już obalonych w pkt 184–194 powyżej i przypomnienia, że mogła w każdym razie unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia i wszcząć nowe postępowanie, co oznaczałoby, iż skarżąca nie miałaby żadnej pewności uzyskania spornego zamówienia.

199 W odniesieniu do tej ostatniej kwestii, należy zauważyć, że o ile prawdą jest, iż instytucja zamawiająca może zawsze przed podpisaniem umowy zrezygnować z zamówienia lub unieważnić procedurę udzielenia zamówienia, przy czym oferenci ani kandydaci nie są uprawnieni do dochodzenia odszkodowania (art. 114 rozporządzenia finansowego), nie zmienia to faktu, że taki przypadek rezygnacji z zamówienia lub unieważnienia procedury nie zaszedł i że w okolicznościach niniejszej sprawy szanse uzyskania zamówienia przez skarżącą były, gdyby nie naruszenie prawa popełnione przez Komisję, bardzo duże.

200 Biorąc pod uwagę ogół okoliczności niniejszego przypadku, wydaje się, iż szanse, jakie skarżąca miała na zawarcie umowy, gdyby nie naruszenie prawa popełnione przez Komisję, można ocenić na 90%.

201 W swej skardze skarżąca twierdzi, że ogólna wysokość poniesionej przez nią szkody, z uwzględnieniem utraty szansy, utraty referencji i szkody niemajątkowej, może być oceniona ex æquo et bono na kwotę 1 000 000 EUR.

202 Skarżąca nie przedstawia podziału tej kwoty według trzech podnoszonych elementów szkody, ale wskazuje jako punkt odniesienia wartość niedoszłej umowy, czyli 3 742 300 EUR, wyjaśniając, że wartość ta to cena roczna zaproponowana w ofercie (935 574 EUR rocznie) pomnożona przez cztery lata umowy. Skarżąca podkreśla rozmiar poniesionej przez nią szkody w kontekście wagi zamówienia w kategoriach wartości („wielomilionowa”) oraz czasu trwania (cztery lata).

203 Komisja, wychodząc z założenia, że żądana kwota odszkodowania jest obliczana na podstawie wartości rocznej zamówienia, podnosi, że owa kwota, zbliżona do wartości rocznej, musi uwzględniać również wynagrodzenie AIG i że zatem jedynie w ograniczonej części odpowiada wynagrodzeniu skarżącej. Komisja w rezultacie kwestionuje tę kwotę, podnosząc, że w rozpatrywanej skardze skarżąca działa wyłącznie na własny rachunek, a więc może żądać naprawienia tylko szkody poniesionej przez nią samą.

204 Komisja ponadto kwestionuje szkodę wywodzoną z utraty referencji. Zdaniem Komisji, brak nowych referencji nie może zmienić sam z siebie zdolności skarżącej do udziału w podobnych przyszłych zamówieniach. W odniesieniu do utraty certyfikatów należytego wykonania, zależy ona od sposobu zdefiniowania należytego wykonania umowy. W odniesieniu do szkody niemajątkowej, nie jest ona rzeczywista ani pewna.

205 Przede wszystkim należy zauważyć, że przesłance, na której Komisja opiera swój pierwszy zarzut, o którym mowa w pkt 203 powyżej, przeczą dowody zawarte w aktach sprawy złożonych do Sądu. Jak wynika bowiem z pism skarżącej, żądana kwota została obliczona nie na podstawie wartości rocznej zamówienia, lecz wartości całego zamówienia na przestrzeni czterech lat. Wynika to jasno z dokonanego przez skarżącą połączenia między żądaną kwotą a tą ostatnią wartością, a także z powołania się na fakt, że zamówienie obejmuje okres czterech lat i kilka milionów euro (zob. pkt 202 powyżej).

206 W konsekwencji, ponieważ żądana kwota stanowi jedynie nieco ponad jedną czwartą wartości zamówienia w okresie czterech lat i że skarżąca powołuje się ponadto na utratę graniczącej z pewnością szansy na uzyskanie zamówienia, to logiczne jest, iż żądana kwota może odpowiadać tylko tej części szkody, którą – jak twierdzi – poniosła ona sama. W przeciwnym razie skarżąca, która uważa, że utraciła szansę na uzyskanie zamówienia, logicznie rzecz biorąc zażądałaby dla siebie i dla ubezpieczyciela kwoty odszkodowania dużo wyższej, zbliżonej do wartości zamówienia w okresie czterech lat.

207 Co się tyczy następnie kwestii tego, czy skarżąca w celu obliczenia poniesionej szkody słusznie oparła się na okresie trwania zamówienia o długości czterech lat, należy wskazać, że w ogłoszeniu o zamówieniu wskazano, że czas trwania zamówienia wynosi 48 miesięcy (pkt II.3 ogłoszenia o zamówieniu, pkt 4 części nr1). W tym samym duchu przewidziano, że ogłoszenie o następnym zamówieniu zostanie opublikowane po upływie 36 miesięcy od udzielenia obecnego zamówienia (pkt VI.1 ogłoszenia o zamówieniu). W odniesieniu do projektu umowy o świadczenie usług, załączonego do zaproszenia do składania ofert, stanowi on, że „[U]mowa została zawarta na okres 12 miesięcy” (art. I.2.3 projektu umowy) oraz że „[z]ostaje przedłużona w sposób dorozumiany maksymalnie trzy razy, każdorazowo na okres 12 miesięcy […], chyba że instytucja zamawiająca poinformuje wykonawcę o swoim zamiarze zaprzestania kontynuacji umowy i powiadomienie to [nastąpi] 6 miesięcy przed zakończeniem zadań poprzedniego okresu” (art. I.2.4 projektu umowy). Ponadto projekt umowy regulował rewizję cen i składki rocznej, mówiąc o „pierwszym roku wykonywania umowy”, „drugim roku wykonywania umowy” i „każdym roku wykonywania umowy” (art. I.3.2 projektu umowy). Tak samo czyniły to specyfikacje techniczne (zob. pkt 9.2 specyfikacji technicznych).

208 Z treści tych przepisów, rozpatrywanych we wzajemnym powiązaniu, wynika, że skarżąca słusznie powołała się w skardze na pełny czas trwania zamówienia jako podstawę żądania odszkodowania, gdyż chodzi tu o zamówienie o długości czterech lat, zawierające co najwyżej coroczną możliwość nieprzedłużenia przysługującą wyłącznie instytucji zamawiającej i obwarowaną restrykcyjnymi warunkami proceduralnymi. Niemniej jednak przy ustalaniu wysokości odszkodowania należy uwzględnić element niepewności, wynikający z owej corocznej możliwości nieprzedłużenia.

209 Ponadto należy zaznaczyć, że z pism skarżącej nie wynika, iż wzięła pod uwagę obniżenie wysokości żądanego odszkodowania o koszty wykonania umowy, które zostałyby przez nią poniesione, gdyby otrzymała zamówienie. Tymczasem na podstawie dowodów zawartych w aktach sprawy ustalenie tych kosztów nie jest możliwe. Co więcej, o ile treść skargi pozwala dojść do wniosku, że skarżąca żąda naprawienia szkody tylko w zakresie szkód poniesionych przez nią, o tyle akta sprawy nie zawierają żadnych dowodów pozwalających ustalić wielkość udziału skarżącej w łącznej wartości zamówienia.

210 Ponadto należy również zauważyć, że choć skarżąca rzeczywiście utraciła szansę na uzyskanie czteroletniego zamówienia w 2014 r., nie zmienia to faktu, iż w dniu 17 lutego 2015 r., czyli około jedenaście miesięcy i dwa tygodnie po wejściu w życie spornej umowy, uzyskała zamówienie na ubezpieczenia będące przedmiotem procedury negocjacyjnej wszczętej przez Komisję po wydaniu ww. w pkt 33 postanowienia Vanbreda Risk & Benefits/Komisja (EU:T:2014:1024). Należy również zauważyć, podobnie jak czyni to skarżąca, że rzeczona umowa została zawarta na okres nieprzekraczający 18 miesięcy, czyli do dnia 17 sierpnia 2016 r., podczas gdy umowa będąca przedmiotem niniejszego sporu normalnie wygasłaby w marcu 2018 r.

211 Okoliczności te mogą również mieć wpływ na wysokość szkody poniesionej przez skarżącą, która zresztą sama wskazała w pismach procesowych, że jej żądanie naprawienia szkody w drodze odszkodowania ma rację bytu tylko wtedy, gdy nie otrzyma zaspokojenia żądania w postaci wykonania świadczenia, a jeżeli otrzyma owo świadczenie z opóźnieniem, szkoda powinna być obliczana z uwzględnieniem tego opóźnienia.

212 Z powyższych rozważań wynika, że chociaż w odniesieniu do utraty możliwości uzyskania zamówienia istnienie szkody podlegającej odszkodowaniu jest w zasadzie wystarczająco udowodnione, nie można ustalić rozmiaru tej szkody w wystarczającym stopniu, aby umożliwić Sądowi albo rozstrzygnięcie na podstawie kwoty żądanej przez skarżącą, albo ustalenie innej kwoty.

213 Po drugie, jeśli chodzi o utratę referencji, która obejmuje zdaniem skarżącej również utratę certyfikatów należytego wykonania, należy od razu odrzucić tę część żądania szkody w zakresie, w jakim dotyczy ona tych certyfikatów. Wydanie takich dokumentów nie zależy bowiem od przyznania zamówienia, lecz od przyszłej i hipotetycznej okoliczności prawidłowego wykonania zamówienia.

214 Natomiast co się tyczy samych referencji z udzielania zamówienia, które de facto wynikałyby z uzyskania przez skarżącą zamówienia, nie można zaprzeczyć, że skarżąca z takim samym prawdopodobieństwem, jak w przypadku utraty możliwości uzyskania zamówienia, utraciła szansę na ich posiadanie. Lecz również w tym przypadku Sąd nie dysponuje dowodami wystarczającymi do określanie, jaka część kwoty żądanej przez skarżącą odzwierciedla utratę możliwości uzyskania zamówienia, a jaka utratę możliwości uzyskania referencji.

215 Po trzecie, jeśli chodzi o szkodę niemajątkową, która wynika z faktu, iż Komisja z naruszeniem uzasadnionych oczekiwań skarżącej, która złożyła jedyną prawidłową ofertę, przyznała zamówienie osobie trzeciej, Komisja podnosi, że skarżąca ogranicza się do podniesienia zarzutu bezprawności jej zachowania i że w żadnym momencie nie miała ona uzasadnionego oczekiwania lub przekonania o udzieleniu jej zamówienia. W replice skarżąca nie odpowiada na ten argument, lecz zrównuje poniesioną szkodę niemajątkową ze stratą referencji i renomy.

216 Należy zauważyć, że Komisja w żadnym momencie nie wywołała u skarżącej żadnego uzasadnionego oczekiwania lub przekonania związanego z uzyskaniem umowy. Jeśli chodzi o szkodę niemajątkową, która wynikałaby z bezprawności zaskarżonej decyzji, z utrwalonego orzecznictwa wynika, że tego rodzaju szkoda jest co do zasady wystarczająco naprawiona poprzez stwierdzenie przez sąd tej bezprawności (zob. podobnie wyrok z dnia 6 czerwca 2006 r., T-10/02 Girardot/Komisja, RecFP, EU:T:2006:148, pkt 131). Jeśli chodzi o podnoszoną szkodę niemajątkową wynikającą z utraty referencji i renomy, pokrywa się ona częściowo ze zbadaną już wyżej utratą referencji, a jeśli chodzi o utratę renomy, nie ma ona charakteru rzeczywistego i pewnego.

217 Mając na uwadze powyższe wywody, z których wynika, że Sąd, chociaż mógł dokonać pewnej liczby ustaleń w odniesieniu do żądania odszkodowania, nie dysponuje wystarczającymi dowodami na potwierdzenie wysokości żądanej kwoty ani do samodzielnego obliczenia wysokości poniesionej szkody, należy uwzględnić żądanie odszkodowawcze skarżącej w zakresie, w jakim dotyczy ono odszkodowania za utratę szansy otrzymania spornego zamówienia i uzyskania referencji z udzielenia zamówienia, a w pozostałym zakresie żądania skarżącej oddalić. Co się tyczy wysokości odszkodowania

z tytułu utraty szansy, należy, z zastrzeżeniem późniejszego orzeczenia Sądu, wezwać strony do uzgodnienia wysokości tej kwoty w świetle wywodów zawartych w niniejszym wyroku oraz przedstawienia Sądowi w terminie sześciu miesięcy, rozpoczynającym bieg w dniu ogłoszenia niniejszego wyroku, kwoty odszkodowania ustalonej w ugodzie, a w braku ugody, przedłożenia mu w tym samym terminie żądań dotyczących proponowanych kwot, wraz z wyjaśnieniami niezbędnymi Sądowi do oceny ich zasadności.

W przedmiocie kosztów

218 Rozstrzygnięcie o kosztach nastąpi w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie.

Z powyższych względów

SĄD (szósta izba)

orzeka, co następuje:

1) Stwierdza się nieważność decyzji Komisji z dnia 30 stycznia 2014 r., w której Komisja Europejska odrzuciła ofertę złożoną przez Vanbreda Risk & Benefits w odniesieniu do części nr 1 zamówienia w ramach postępowania przetargowego OIB.DR.2/PO/2013/062/591, dotyczącego ubezpieczenia mienia i osób (Dz.U. 2013/S 155–269617) i udzieliła zamówienia na tę część innej spółce.

2) Unia Europejska ma obowiązek naprawienia szkody poniesionej przez Vanbreda Risk & Benefits z tytułu utraty szansy otrzymania zamówienia i uzyskania referencji z udzielenia zamówienia.

3) Żądanie odszkodowania zostaje oddalone w pozostałym zakresie.

4) W terminie sześciu miesięcy, licząc od dnia ogłoszenia niniejszego wyroku, strony poinformują Sąd o wysokości kwoty, którą wspólnie ustalą, należnej jako odszkodowania w ramach naprawienia tej szkody.

5) W braku ugody strony przedłożą Sądowi w tym samym terminie żądania dotyczące proponowanych kwot.

6) Rozstrzygnięcie o kosztach nastąpi w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie.

Frimodt Nielsen Dehousse Collins

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 29 października 2015 r.

Podpisy

Spis treści

Okoliczności powstania sporu 1

Postępowanie i dalszy rozwój zdarzeń w toku postępowania sądowego 4

Co do prawa 6

W przedmiocie żądania stwierdzenie nieważności 6

W przedmiocie pierwszej części zarzutu, opartej na naruszeniu zasady równego traktowania oferentów, art. 111 ust. 5 i art. 113 ust. 1 rozporządzenia finansowego, art. 146 ust. 1 i 2, art. 149 ust. 1 i art. 158 ust. 1 i 3 rozporządzenia wykonawczego oraz specyfikacji warunków zamówienia 6

– W przedmiocie dopuszczalności niektórych argumentów podniesionych w replice 9

– W przedmiocie niezgodnego z prawem uczestnictwa Marsha w przetargu jako samodzielnego oferenta-pośrednika 9

– W przedmiocie naruszenia zasady równego traktowania w związku z korespondencją między Komisją a Marshem po otwarciu ofert 14

W przedmiocie drugiej części zarzutu, opartej na naruszeniu zasady równego traktowania ze względu na zmianę oferty Marsha po otwarciu ofert 21

Wnioski w przedmiocie żądania stwierdzenia nieważności 24

W przedmiocie żądania odszkodowania 24

W przedmiocie kosztów 31