Zbierka súdnych rozhodnutí

ROZSUDOK VŠEOBECNÉHO SÚDU (šiesta komora)

z 29. októbra 2015 *

„Verejné zákazky na služby — Zadávacie konanie — Poskytovanie služieb poistenia majetku a osôb — Odmietnutie ponuky uchádzača — Zadanie zákazky inému uchádzačovi — Rovnosť zaobchádzania — Dostatočne závažné porušenie právnej normy, ktorá priznáva práva jednotlivcom — Mimozmluvná zodpovednosť — Strata príležitosti — Medzitýmny rozsudok“

Vo veci T-199/14,

Vanbreda Risk & Benefits, so sídlom v Antverpách (Belgicko), v zastúpení: pôvodne P. Teerlinck a P. de Bandt, neskôr P. Teerlinck, P. de Bandt a M. Gherghinaru, advokáti,

žalobkyňa,

proti

Európskej komisii, v zastúpení: S. Delaude a L. Cappelletti, splnomocnení zástupcovia,

žalovanej,

ktorej predmetom je po prvé, návrh na zrušenie rozhodnutia z 30. januára 2014, ktorým Komisia odmietla ponuku predloženú žalobkyňou pre položku 1 v rámci zadávacieho konania OIB.DR.2/PO/2013/062/591, na služby poistenia majetku a osôb (Ú. v. 2013/S 155-269617), a zadala túto zákazku inej spoločnosti, a po druhé, návrh na náhradu škody,

VŠEOBECNÝ SÚD (šiesta komora),

v zložení: predseda komory S. Frimodt Nielsen, sudcovia F. Dehousse (spravodajca) a A. M. Collins,

tajomník: S. Bukšek-Tomac, referentka,

po pojednávaní z 3. júna 2015,

vyhlásil tento

* Jazyk konania: francúzština

Rozsudok

Okolnosti predchádzajúce sporu

1 Európska komisia 10. augusta 2013 uverejnila v *Úradnom vestníku Európskej únie* (Ú. v. 2013, S 155-269617) oznámenie o zadávacom konaní s označením OIB.DR.2/PO/2013/062/591 týkajúce sa služieb poistenia majetku a osôb, ktoré bolo rozdelené do štyroch položiek.

2 Položka č. 1, jediná dotknutá týmto konaním, sa týkala poistenia – od 1. marca 2014 – budov a ich obsahu, pričom zmluvu uzavrela Komisia vo svojom mene a v mene ostatných inštitúcií a orgánov Európskej únie.

3 Podklady týkajúce sa zadávacieho konania obsahovali, pokiaľ ide o položku č. 1, okrem oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania, súťažné podklady pozostávajúce z výzvy na predloženie ponuky, ku ktorej boli priložené technické špecifikácie (príloha I), zoznam budov (príloha I.1), štatistiky poistných udalostí (príloha I.2), prehľad finančných ponúk (príloha II), návrh zmluvy na poskytovanie služieb (príloha III) a „dotazník ‚Označenie – Vylúčenie – Výber'" (príloha IV) (ďalej len „dotazník OVV").

4 V rámci zadávacieho konania bolo upresnené, že ide o otvorené konanie so zadaním zákazky ponuke s najnižšou cenou spomedzi ponúk, ktoré boli prípustné a v súlade s podmienkami zadávacieho konania (článok 3.4.3 výzvy na predloženie ponuky; bod 12 technických špecifikácií).

5 Otázka solidárnej zodpovednosti, bola, v prípade, že sa do realizácie zákazky zapojí viacero poisťovateľov, riešená nasledovne.

6 V oznámení o vyhlásení zadávacieho konania bolo stanovené, že v prípade zadania zákazky skupine hospodárskych subjektov, budú všetci členovia tejto skupiny „pri realizácii zákazky solidárne zodpovední" (bod III.1.3 de oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania).

7 Článok 5.1 technických špecifikácií stanovoval:

„v prípade, že ponuku predloží niekoľko poisťovateľov solidárne v rámci konzorcia, alebo viacero poisťovateľov konajúcich ako konzorcium a zastúpených solidárne hlavným poisťovateľom, zmluvu podpíše každý poisťovateľ. V tomto prípade, uchádzač zaručí, že verejný obstarávateľ bude v plnom rozsahu poistený (100 % poistné krytie) nepretržite počas celého trvania zmluvy…

V prípade, že ponuku predloží niekoľko poisťovateľov solidárne v rámci konzorcia, zastúpených sprostredkovateľom, zmluvu podpíše v prípade zadania zákazky každý poisťovateľ spoločne so sprostredkovateľom. V tomto prípade sa poisťovateľ alebo poisťovatelia rovnako zaväzujú, že verejný obstarávateľ bude v plnom rozsahu poistený (100 % poistné krytie) nepretržite počas celého trvania zmluvy…"

8 V návrhu zmluvy o poskytovaní služieb, bola časť týkajúca sa označenia signatárov zmluvy doplnená o: „Vyššie uvedené strany a ďalej len ‚zmluvná strana'… sa solidárne zaväzujú verejnému obstarávateľovi plniť túto zmluvu."

9 Výzva na predloženie ponuky stanovovala, že ku každej ponuke musí byť priložený dotazník OVV, riadne vyplnený uchádzačom (bod 2.1.2, ôsma zarážka výzvy na predloženie ponuky). V tomto dotazníku sa rozlišovalo v časti 1 (Formulár pre označenie uchádzača) medzi uchádzačom, ktorý koná „ako člen skupiny" a uchádzačom konajúcim ako „jediný uchádzač".

10 Dotazník OVV obsahoval v časti 3 „dotazník týkajúci sa spoločných ponúk", ktorý „bolo potrebné vyplniť len ak išlo o spoločnú ponuku".

11 Otázka 5 a podotázka 5.1. tohto dotazníka stanovovali, že „v prípade spoločnej ponuky je potrebné predložiť dohodu/plnú moc podľa priloženého vzoru, podpísanú právnymi zástupcami všetkých predkladateľov spoločnej ponuky, ktorí uznávajú, najmä, solidárnu zodpovednosť všetkých predkladateľov spoločnej ponuky za realizáciu zákazky“.

12 Táto dohoda/plná moc stanovuje, že „všetci členovia skupiny, ako zmluvné strany Zmluvy, budú solidárne zodpovední vo vzťahu k verejnému obstarávateľovi za plnenie Zmluvy“. Ďalej uvádza, že všetci členovia skupiny „budú dodržiavať podmienky Zmluvy a budú dbať na riadne plnenie Zmluvy, pokiaľ ide o ich časť služieb, ktoré sú povinné poskytovať, tak ako je to stanovené v súťažných podkladoch a ponuke, ktorú predložila zmluvná strana“.

13 Pri otváraní ponúk, ku ktorému došlo 31. októbra 2013, komisia pre otváranie ponúk potvrdila doručenie dvoch ponúk v rámci položky č. 1. Jedna ponuka bola predložená žalobkyňou, spoločnosťou, Vanbreda Risk & Benefits, a druhá, spoločnosťou Marsh.

14 Listom z 8. novembra 2013, upozornila žalobkyňa Komisiu na skutočnosť, že na posúdenie súladu ponuky sú dôležité „podpísané dokumenty, z ktorých vyplýva, že v prípade predloženia ponuky viacerými poisťovateľmi, sú títo poisťovatelia solidárne zodpovední v plnom rozsahu“. Podľa žalobkyne, AIG Europe Limited (ďalej len „AIG“), ktorá bola členom spoločnosti Marsh, zásadne odmietala byť solidárne zodpovedná a bolo viac-menej isté, že ponuka posledne menovanej spoločnosti nemohla spĺňať materiálne ani formálne náležitosti súťažných podkladov.

15 Komisia listom zo 4. decembra 2013 v tejto súvislosti uviedla, že nemôže poskytnúť informácie, keďže vyhodnotenie ponúk ešte prebiehalo.

16 Komisia poverená vyhodnotením ponúk, v zápisnici z vyhodnocovania ponúk z 13. januára 2013 uviedla, že ponuky žalobkyne a spoločnosti Marsh splnili podmienky pre finančné hodnotenie a konštatovala, že ponuka spoločnosti Marsh sa umiestnila na prvom mieste, s cenou za rok 771 076,03 eur a ponuka žalobkyne sa umiestnila na druhom mieste, s cenou za rok 935 573,58 eur. Komisia poverená vyhodnotením ponúk sa preto rozhodla zadať zákazku pre položku č. 1 spoločnosti Marsh.

17 Komisia rozhodnutím z 28. januára 2014 zadala zákazku spoločnosti Marsh.

18 Listom z 30. januára 2014 (ďalej len „napadnuté rozhodnutie“) Komisia informovala žalobkyňu, že neprijala jej ponuku a nezadala jej zákazku pre položku č. 1, keďže neponúkla najnižšiu cenu.

19 Listami z 31. januára 2014 a z 3. februára 2014 požiadala žalobkyňa Komisiu o sprístupnenie úplnej správy o zadávacom konaní a o predloženie kópií podpísaných dokumentov, z ktorých vyplývalo, že v prípade predloženia ponuky viacerými poisťovateľmi, sú títo poisťovatelia v súlade so súťažnými podkladmi solidárne zodpovední v plnom rozsahu. Žalobkyňa uviedla, že táto požiadavka sa nachádzala aj na strane 8 prílohy IV výzvy na predloženie ponuky.

20 Listom zo 7. februára 2014, žalobkyňa zopakovala svoju žiadosť, uvádzajúc, že ponuka konzorcia Marsh zrejme nie je v súlade so súťažnými podkladmi, pretože najmenej jeden z predkladateľov tejto ponuky údajne nepodpísal požadovaný vzor dohody/plnej moci. Žalobkyňa uviedla, že pritom išlo o podstatnú náležitosť zmluvy a že ona sama predložila ponuku, v ktorej bolo poistenie nastavené tak, že bolo v plnom súlade so súťažnými podkladmi vrátane tejto podstatnej náležitosti, týkajúcej sa solidárnej zodpovednosti. Za ponuky v súlade so súťažnými podkladmi je podľa žalobkyne možné považovať jedine ponuky, v ktorých figuruje iba jeden poisťovateľ (zabezpečujúci 100 % krytie rizika) a tie ponuky, v ktorých figurujú viacerí poisťovatelia, ktorí pri predkladaní ponuky vyhlásili, že sú navzájom solidárne zodpovední. Žalobkyňa vyzvala Komisiu, aby prehodnotila svoje rozhodnutie o zadaní zákazky konzorciu Marsh vzhľadom na túto skutočnosť a aby odložila podpísanie zmluvy.

21 Listom zo 7. februára 2014, odpovedala Komisia na list z 31. januára 2014, uvádzajúc, že môže v zmysle platnej právnej úpravy poskytnúť žalobkyni iba informácie, akými sú „vlastnosti a výhody, pokiaľ ide o ponuku, ktorú prijala, ako aj meno úspešného uchádzača“. V tejto súvislosti Komisia uviedla, že zákazka pre položku č. 1 bola zadaná subjektu, ktorý predložil ponuku v súlade so súťažnými podkladmi a s najnižšou cenou, teda ponuku, ktorú predložila spoločnosť Marsh.

22 Listom z 11. februára 2014 žalobkyňa kritizovala túto odpoveď, ktorá podľa nej neodpovedala na jej otázky a zopakovala svoju žiadosť o sprístupnenie informácií o ktoré žiadala vo svojich predchádzajúcich listoch.

23 Listom a mailom z 21. februára 2014 žalobkyňa vyjadrila svoje presvedčenie, že od dátumu predloženia ponúk Komisia nemala k dispozícii dohodu/plnú moc pre každého poisťovateľa, ktorý sa podieľal na ponuke spoločnosti Marsh, čo má za následok, že táto ponuka nebola v súlade so súťažnými podkladmi a mala byť zamietnutá. Žalobkyňa vyzvala Komisiu, aby prehodnotila svoje rozhodnutie o zadaní zákazky a aby odložila podpísanie zmluvy so spoločnosťou Marsh.

24 Listom z toho istého dňa Komisia odpovedala, že body, ktoré vzbudzovali pochybnosti žalobkyne, riadne analyzovala počas celej fázy vyhodnocovania ponúk, že vyššie uvedené ponuky boli podľa nej v súlade so súťažnými podkladmi a že v dôsledku toho bola zákazka zadaná ponuke s najnižšou cenou. Komisia neposkytla žalobkyni žiadny z požadovaných dokumentov.

25 Po ďalších dvoch mailoch z 25. a 28. februára 2014 žalobkyňa predložila 14. marca 2014 Komisii žiadosť o prístup k dokumentom na základe nariadenia Európskeho parlamentu a Rady č. 1049/2001 z 30. mája 2001 o prístupe verejnosti k dokumentom Európskeho parlamentu, Rady a Komisie (Ú. v. ES L 145, s. 43, Mim. vyd. 01/003, s. 331).

Konanie a vývoj prípadu v priebehu konania

26 Samostatnými návrhmi z 28. marca 2014 podala žalobkyňa do kancelárie Všeobecného súdu žalobu o neplatnosť napadnutého rozhodnutia a žalobu na náhradu škody, ako aj návrh na vydanie predbežného opatrenia s cieľom pozastaviť vykonateľnosť napadnutého rozhodnutia a predbežného opatrenia, ktorým sa domáhala, aby Komisia predložila dokumenty.

27 Uznesením z 3. apríla 2014 prijatým v rámci konania o nariadení predbežného opatrenia, predseda Všeobecného súdu nariadil prerušiť výkon napadnutého rozhodnutia a pozastavil platnosť zmluvy uzavretej so spoločnosťou Marsh a s poisťovateľmi a nariadil v rámci predbežného opatrenia predloženie dokumentov.

28 Uznesením z 10. apríla 2014 prijatým v nadväznosti na pripomienky Komisie v rámci konania o nariadení predbežného opatrenia, predseda Všeobecného súdu zrušil k 3. aprílu 2014 bod výroku uznesenia z 3. apríla 2014, ktorý sa týkal odkladu vykonateľnosti napadnutého rozhodnutia a pozastavenia platnosti zmluvy uzavretej so spoločnosťou Marsh a s poisťovateľmi.

29 Uznesením z 30. júla 2014 vo veci Vanbreda/Komisia (T-199/14, zatiaľ neuverejnený v Zbierke) Všeobecný súd nariadil Komisii predložiť určité dokumenty, ktoré podľa Komisie obsahujú dôverné údaje a uviedol, že podľa článku 67 ods. 3 rokovacieho poriadku Všeobecného súdu z 2. mája 1991, tieto dokumenty nebudú sprístupnené žalobkyni v tomto štádiu konania.

30 Po tom čo Komisia listom z 8. augusta 2014 predložila požadované dokumenty, Všeobecný súd opatrením na zabezpečenie priebehu konania, ktoré zaslal Komisii 11. septembra 2014, požiadal Komisiu, aby predložila znenia vyššie uvedených dokumentov a aby presne označila, ktoré časti sú podľa nej dôverné a to tak, že ich začierni.

31 Komisia vyhovela tejto žiadosti listom z 29. septembra 2014.

32 Keďže žalobkyňa uviedla, že nemá výhrady k žiadosti Komisie o dôverné zaobchádzanie, Všeobecný súd vyňal zo spisu dôverné dokumenty, ktoré boli zaslané v prílohe listu z 8. augusta 2014.

33 Uznesením o nariadení predbežného opatrenia zo 4. decembra 2014 vo veci Vanbreda Risk & Benefits/Komisia [T-199/14 R, Zb. (Výňatky), EU:T:2014:1024], predseda Všeobecného súdu nariadil pozastaviť vykonateľnosť napadnutého rozhodnutia v časti, ktorá sa týka zadania zákazky pre položku č. 1 (bod 1 výroku); uviedol, že účinky tohto rozhodnutia sú zachované až do uplynutia lehoty na podanie odvolania proti tomuto uzneseniu (bod 2 výroku), tzn. do 16. februára 2015 do polnoci, a rozhodol, že o trovách konania sa rozhodne neskôr.

34 Žalobkyňa navrhuje, aby Všeobecný súd:

— zrušil napadnuté rozhodnutie, ktorým Komisia rozhodla nevybrať ponuku žalobkyne pre položku č. 1 a zadať zákazku pre túto položku spoločnosti Marsh,

— určil, že vznikla mimozmluvná zodpovednosť Únie a zaviazal ju na zaplatenie sumy 1 000 000 eur žalobkyni, ako náhradu škody spôsobenej stratou príležitosti získať zákazku, stratou dobrého mena a spôsobením nemajetkovej ujmy,

— v každom prípade, zaviazal Komisiu na náhradu trov konania, vrátane trov právneho zastúpenia, predbežne vyčíslených na sumu 50 000 eur.

35 Komisia navrhuje, aby Všeobecný súd:

— zamietol návrh na zrušenie,

— zamietol návrh na náhradu škody,

— zaviazal žalobkyňu na náhradu trov tohto konania a trov konania o nariadení predbežného opatrenia.

36 V nadväznosti na uznesenie vo veci Vanbreda Risk & Benefits/Komisia, už citované v bode 33 vyššie (EU:T:2014:1024), Komisia začala rokovacie konanie o zadaní zákazky na základe článku 134 ods. 1 písm. c) delegovaného nariadenia Komisie (EÚ) č. 1268/2012 z 29. októbra 2012 o pravidlách uplatňovania nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (EÚ, Euratom) č. 966/2012 o rozpočtových pravidlách, ktoré sa vzťahujú na všeobecný rozpočet Únie (Ú. v. EÚ L 362, s. 1, ďalej len „vykonávacie nariadenie“), s cieľom uzatvoriť poistnú zmluvu, ktorá by mohla nadobudnúť účinnosť od 17. februára 2015 o 00:00 hod. Zároveň podala proti tomuto uzneseniu odvolanie (C-35/15 P).

37 Listom z 13. februára 2015 Komisia informovala spoločnosť Marsh o tom, že platnosť zmluvy bola pozastavená s účinkom od 16. februára 2012 o polnoci.

38 V rámci rokovacieho konania Komisia dostala iba jednu ponuku, ktorú predložila žalobkyňa v rámci skupiny s poisťovateľom AIG. Túto ponuku Komisia vybrala a na základe spomínaného konania podpísala poistnú zmluvu, ktorá nadobudla platnosť 17. februára 2015 o 00:00 hod.

39 Uznesením z 23. apríla 2015 vo veci Komisia/Vanbreda Risk & Benefits [C-35/15 P(R), Zb., EU:C:2015:275] podpredseda Súdneho dvora zrušil body 1 a 2 výroku uznesenia Vanbreda Risk & Benefits/Komisia, už citovaného v bode 33 vyššie, (EU:T:2014:1024), s odôvodnením, že sa predseda Všeobecného súdu dopustil nesprávneho právneho posúdenia, keď rozhodol, že zmiernenie podmienky vymedzenej judikatúrou týkajúcou sa naliehavosti v oblasti verejného obstarávania sa uplatňuje bez časového obmedzenia (uznesenie vo veci Komisia/Vanbreda Risk & Benefits, už citované vyššie,

EU:C:2015:275, bod 57). Podpredseda Súdneho dvora zamietol návrh žalobkyne na vydanie predbežného opatrenia z rovnakých dôvodov (uznesenie vo veci Komisia/Vanbreda Risk & Benefits, už citované vyššie, EU:C:2015:275, bod 61).

Právny stav

O návrhu na zrušenie

40 Žalobkyňa uvádza jediný žalobný dôvod smerujúci k zrušeniu, ktorý je rozdelený na tri časti, založené, po prvé na porušení zásady rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi, článkov 111 a 113 nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (EÚ, Euratom) č. 966/2012 z 25. októbra 2012 o rozpočtových pravidlách, ktoré sa vzťahujú na všeobecný rozpočet Únie, a zrušení nariadenia Rady (ES, Euratom) č. 1605/2002 (Ú. v. EÚ L 298, s. 1, ďalej len „rozpočtové nariadenie“), článkov 146, 149 a 158 vykonávacieho nariadenia, ako aj súťažných podkladov, po druhé, na porušení zásady rovnosti zaobchádzania a po tretie, na porušení zásady transparentnosti.

O prvej časti žalobného dôvodu, založenej na porušení zásady rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi, článku 111 ods. 5 a článku 113 ods. 1 rozpočtového nariadenia, článku 146 ods. 1 a 2, článku 149 ods. 1 a článku 158 ods. 1 a 3 vykonávacieho nariadenia, ako aj súťažných podkladov

41 Žalobkyňa tvrdí, že ponuka spoločnosti Marsh nie je v súlade so súťažnými podkladmi. Poisťovatelia, ktorí predložili túto ponuku sa podľa nej nezaviazali ku solidárnej zodpovednosti za realizáciu zákazky a tým pádom nepodpísali ani dohodu/plnú moc, tak ako to požadujú súťažné podklady.

42 Záväzok solidárnej zodpovednosti je pritom podstatnou podmienkou tejto verejnej zákazky a táto podmienka má vplyv na cenu ponuky. V prípade, že by sa viacerí poisťovatelia rozhodli zoskupiť sa na účely krytia poistného rizika, tak ako je vymedzené v dotknutej zákazke, pričom každý len do výšky svojho záväzku, toto riešenie by podľa žalobkyne nezabezpečilo, že celková škoda bude nahradená v plnom rozsahu. Práve preto Komisia, podľa žalobkyne, stanovila v danom prípade v súťažných podkladoch záväzok solidárnej zodpovednosti, čo síce predstavuje možné riešenie, ale má za následok veľké dodatočné náklady.

43 Komisia tým, že umožnila spoločnosti Marsh predložiť spoločnú ponuku s konzorciom poisťovateľov, ktorí neboli solidárne zodpovední za realizáciu zákazky, umožnila tomuto subjektu ponúknuť oveľa nižšiu cenu.

44 Komisia tým porušila zásadu rovnosti zaobchádzania, článok 111 ods. 5 a článok 113 ods. 1 rozpočtového nariadenia, článok 146 ods. 1 a 2 a článok 158 ods. 1 a 3 vykonávacieho nariadenia, ako aj súťažné podklady. Tým, že Komisia nakoniec zadala zákazku spoločnosti Marsh, porušila tiež článok 149 ods. 1 vykonávacieho nariadenia.

45 Žalobkyňa v replike uvádza, že sa zo znenia vyjadrenia k žalobe a nedôverných dokumentov predložených Komisiou, dozvedela o nových skutočnostiach. Vyplývalo z nich, že spoločnosť Marsh v skutočnosti predložila svoju ponuku ako samostatný uchádzač – sprostredkovateľ a že po otvorení ponúk prebiehala medzi Komisiou a spoločnosťou Marsh veľmi intenzívna korešpondencia vo veci podmienky solidárnej zodpovednosti. Komisia tieto skutočnosti žalobkyni neuviedla, napriek tomu, že o to opakovane žiadala. Žalobkyňa by sa teda mohla o tieto nové skutočnosti opierať.

46 V tomto kontexte žalobkyňa tvrdí, že účasť spoločnosti Marsh ako samostatného uchádzača je zjavne protiprávna a v rozpore so súťažnými podkladmi. Komisia ďalej v rozpore s tým čo tvrdí, pristupovala k ponuke spoločnosti Marsh, ako ku spoločnej ponuke. Vzhľadom na to, že spoločnosť Marsh mohla podať jedine spoločnú ponuku, mala ju doplniť o dohodu/plnú moc, tak ako je to uvedené v prílohe IV výzvy na predloženie ponuky.

47 Komisia spochybňuje stanovisko žalobkyne, ktoré je podľa nej založené na troch nesprávnych tvrdeniach: po prvé, tvrdenie, že ponuka spoločnosti Marsh bola predložená v mene skupiny alebo konzorcia; po druhé, tvrdenie, že ponuka neobsahovala vzor dohody/plnej moci, a teda bola v rozpore so súťažnými podkladmi; po tretie, tvrdenie, že poisťovatelia navrhnutí spoločnosťou Marsh sa nezaviazali solidárne na realizáciu zákazky, pričom toto tvrdenie vyplýva z nesprávneho výkladu súťažných podkladov a z neznalosti reálnej ponuky spoločnosti Marsh, ako aj z neznalosti priebehu zadávacieho konania.

48 Pokiaľ ide o prvé tvrdenie, Komisia uvádza, že spoločnosť Marsh predložila svoju ponuku ako samostatný uchádzač – sprotredkovateľ, a nie ako člen alebo vedúci podnik skupiny, čo znamená, že aj dotknutá zákazka bola spoločnosti Marsh zadaná ako samostatnému uchádzačovi. Žiadne ustanovenie v súťažných podkladoch nebránilo sprostredkovateľovi predložiť, ako jediný uchádzač, ponuku pre položku č. 1 zákazky.

49 Pokiaľ ide o druhé tvrdenie, Komisia uvádza, že ustanovenia súťažných podkladov týkajúce sa spoločných ponúk, vrátane vzoru dohody/plnej moci, podľa dotazníka OVV, sa neuplatnia v prípade ponuky, ktorú predložil jediný uchádzač. Spoločnosť Marsh preto nebola povinná zahrnúť do svojej ponuky podpísanú dohodu/plnú moc, tak ako je to stanovené pre spoločné ponuky. Spoločnosť Marsh pripojila k svojej ponuke poverenia, ktoré dostala od viacerých poisťovateľov na realizáciu zákazky.

50 Pokiaľ ide o tretie tvrdenie, Komisia uvádza, že riadne overila, ako to vyplýva z korešpondencie medzi ňou a spoločnosťou Marsh, v čase medzi otvorením ponúk a zadaním zákazky, že ponuka spoločnosti Marsh spĺňa všetky podmienky vyplývajúce zo súťažných podkladov, vrátane povinnosti uvedenej v bode 5.1 technických špecifikácií, zabezpečiť, že verejný obstarávateľ bude v plnom rozsahu poistený (100 % poistné krytie), bez prerušenia počas celého trvania zmluvy a podmienku, vyplývajúcu z návrhu zmluvy, týkajúcu sa solidárneho záväzku signatárov zmluvy. Vzhľadom na to, že predmetom položky č. 1 zákazky je poistná zmluva na budovy verejného obstarávateľa, technické špecifikácie výslovne stanovili, že nezávisle od spôsobu predloženia ponúk je nevyhnutné, aby každý poisťovateľ podieľajúci sa na realizácii zmluvy, ju podpísal solidárne s ostatnými prípadnými poisťovateľmi alebo sprostredkovateľom, tak aby bolo zaručené nepretržité 100 % poistné krytie verejného obstarávateľa.

51 Tvrdenia žalobkyne týkajúce sa rozdielov v cene, v závislosti od toho či bola zabezpečená solidárna zodpovednosť alebo nie, nie sú teda relevantné. Podpísaná zmluva obsahovala doložku o solidárnej zodpovednosti signatárov zmluvy, ktorá tam bola už od začiatku, takže ponuka podaná spoločnosťou Marsh musela nutne zohľadniť náklady a riziká spojené s touto doložkou a cena ponuky nebola spoločnosťou Marsh nikdy zmenená ani spochybnená.

52 Komisia tvrdí, že spoločnosť Marsh predložila ponuku ako jediný uchádzač a že teda nešlo o spoločnú ponuku. Ponuka spoločnosti Marsh bola teda spracovaná tak, ako keby ju predložil jediný uchádzač. Pri otváraní ponúk Komisia neoznámila mená poisťovateľov uvedených v ponuke spoločnosti Marsh. Ponuky boli preskúmané na základe kritérií vylúčenia a kritérií výberu zákazky, stanovených v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania a v súlade so stanoveným konaním. Keďže ponuka spoločnosti Marsh bola ponukou jediného uchádzača, Komisia dôsledne overila, že spoločnosť Marsh spĺňa kritériá výberu zákazky.

53 V duplike Komisia, pokiaľ ide o tvrdenie uvedené v replike, že účasť spoločnosti Marsh, ako jediného uchádzača bola zjavne protiprávna, uvádza, že toto tvrdenie sa zakladá na reštriktívnom a chybnom výklade súťažných podkladov a na chybnom výklade belgických právnych noriem.

54 Vzhľadom na to, že reštriktívny výklad súťažných podkladov by viedol k zamietnutiu obidvoch ponúk, Komisia radšej zvolila nereštriktívny výklad, pričom sa nepozastavila nad právnou formou vzťahov medzi sprostredkovateľom a poisťovateľom(mi), za predpokladu, že ponuky boli v súlade s danou zákazkou. Komisia sa teda domnievala, že tak poisťovatelia, ako aj sprostredkovatelia sa mohli zúčastniť zadávacieho konania a nič nebránilo sprostredkovateľovi aby sa zúčastnil zadávacieho konania ako jediný uchádzač. V každom prípade bolo predmetom zmluvy uzavretie poistnej zmluvy, ktorú mal podpísať každý poisťovateľ, k čomu by aj tak došlo pri podpise konečnej zmluvy.

55 Pokiaľ ide o výklad belgického práva, žalobkyňa nesprávne uplatnila ustanovenia tohto práva na daný prípad. Spoločnosť Marsh neplánovala nikdy podpísať poistnú zmluvu sama a Komisia si nikdy nemyslela že by k tomu malo dôjsť. Zdá sa, že žalobkyňa chcela tvrdiť, nesprávnym spôsobom, že keďže konzorcium Marsh sa zúčastnilo zadávacieho konania ako jediný uchádzač, chcelo sa zúčastniť na konaní ako poisťovateľ, ktorý podpíše zmluvu sám. Komisia nemala žiadny dôvod považovať ponuku spoločnosti Marsh za protiprávnu ponuku. Táto ponuka nebola protiprávna z toho dôvodu, že sprostredkovateľ nemohol preukázať poistenie plochy minimálne 100 000 m^2. Zo získaných informácií totiž vyplýva, že nie je možné vylúčiť uzavretie poistných zmlúv, ktoré by v prípade poisťovacích spoločností zahrňovali poistenie plochy minimálne 100 000 m^2 a v prípade poskytovania sprostredkovateľských služieb zahrňujúcich minimálne 100 000 m^2. Bolo by logické, že pokiaľ ide o jediného uchádzača, overí sa finančná a ekonomická kapacita spoločnosti Marsh. Spoločnosť Marsh, ako jediný uchádzač, zaručovala finančnú realizovateľnosť svojej ponuky. Žalobkyňa v predchádzajúcej poistnej zmluve uplatnila rovnaký prístup. V každom prípade na to, aby sa Komisia vyhla tomu, že bude v priamom zmluvnom vzťahu s poisťovateľmi, vyžadovali súťažné podklady, aby poisťovatelia podpísali poistnú zmluvu.

56 Pokiaľ ide o údajné spracovanie ponuky spoločnosti Marsh, ako spoločnej ponuky, tento argument je nelogický a chybný. Je preukázané, že spoločnosť Marsh predložila svoju ponuku ako jediný uchádzač, že Komisia posúdila kritériá výlučnosti a výberu na tomto základe a že zadala zákazku tomuto jedinému uchádzačovi. Komisia nerozumie, ako môže žalobkyňa tvrdiť, že posúdila ponuku spoločnosti Marsh ako spoločnú ponuku. Navyše, skutočnosti, ktoré uviedla žalobkyňa, nedokazujú opak.

57 Pokiaľ ide o tvrdenie, podľa ktorého ponuka spoločnosti Marsh mala obsahovať vzor dohody/plnej moci, požadovaný pri spoločných ponukách, Komisia trvá na tom, že ponuka spoločnosti Marsh, ako ponuka jediného uchádzača, nemala obsahovať podpísanú dohodu/plnú moc.

– O prípustnosti niektorých tvrdení uvádzaných v replike

58 Komisia, bez toho aby výslovne vzniesla námietku neprípustnosti tvrdí, že po tom, čo predložila dôkaz, že zmluva podpísaná 27. februára 2014 so spoločnosťou Marsh a poisťovateľmi stanovila solidárnu zodpovednosť poisťovateľov, argumenty predložené žalobkyňou v replike idú nad rámec pôvodného žalobného dôvodu, tak ako je formulovaný v žalobe, teda dôvodu týkajúceho sa „podmienky solidárnej zodpovednosti stanovenej v súťažných podkladoch v prípade spoločnej ponuky podanej konzorciom poisťovateľov“.

59 Treba uviesť, že žalobkyňa v replike uviedla niekoľko nových tvrdení, týkajúcich sa hlavne protiprávnosti účasti spoločnosti Marsh, ako jediného uchádzača a protiprávnosti posudzovania tejto ponuky Komisiou ako spoločnej ponuky.

60 Ako však žalobkyňa správne tvrdí vo svojej replike, bez toho aby to Komisia vo svojej duplike konkrétne spochybnila, tieto nové tvrdenia vyplývajú z informácií o ktorých sa žalobkyňa dozvedela až pri čítaní vyjadrenia k žalobe a dokumentov, ktoré Komisia predložila na žiadosť Všeobecného súdu.

61 Žalobkyňa sa teda až z vyjadrenia k žalobe dozvedela, že spoločnosť Marsh sa zúčastnila na zadávacom konaní, nie prostredníctvom spoločnej ponuky spoločnosti Marsh a šiestich poisťovateľov, ale ako jediný uchádzač – sprostredkovateľ, ktorý navrhol šiestich poisťovateľov. Až pri čítaní dokumentov predložených Komisiou 29. septembra 2014 (pozri bod 31 vyššie), sa žalobkyňa dozvedela o korešpondencii týkajúcej sa solidárnej zodpovednosti medzi Komisiou a spoločnosťou Marsh, neskôr medzi Komisiou, spoločnosťou Marsh a AIG, ku ktorej došlo po otvorení ponúk.

62 Ak by sa dali tvrdenia Komisie vykladať v tom zmysle, že obsahujú námietku neprípustnosti podľa článku 84 ods. 1 rokovacieho priadku Všeobecného súdu, vo vzťahu k novým tvrdeniam uvedeným žalobkyňou v replike, táto námietka by nebola dôvodná.

– O protiprávnosti účasti spoločnosti Marsh v zadávacom konaní ako jediného uchádzača – sprostredkovateľa

63 Na jednej strane, v súlade s článkom 102 ods. 1 rozpočtového nariadenia, všetky verejné zákazky financované úplne alebo čiastočne z rozpočtu Únie dodržiavajú zásadu rovnosti zaobchádzania a na základe článku 146 ods. 1 vykonávacieho nariadenia, verejní obstarávatelia stanovia jasné a nediskriminačné kritériá výberu. Na druhej strane, v súlade s článkom 102 ods. 2 rozpočtového nariadenia, všetky verejné zákazky sa zadávajú na základe čo možno najširšej súťaže a v zmysle článku 111 ods. 1, 4 a 5 predmetného nariadenia, postupy predkladania ponúk musia zaistiť skutočnú súťaž, každá ponuka, ktorú komisia vyhlási za nevyhovujúcu stanoveným podmienkam sa vylúči a každá ponuka, o ktorej komisia pre otváranie ponúk vyhlási, že spĺňa stanovené podmienky, sa vyhodnotí na základe kritérií, ktoré sú stanovené v podkladových dokumentoch. Nakoniec, článok 113 ods. 1 predmetného nariadenia stanovuje, že povoľujúci úradník rozhodne, komu sa zákazka zadá v súlade s podmienkami účasti a kritériami na vyhodnotenie ponúk stanovenými vopred v podkladových dokumentoch k výzve na predloženie ponuky a v pravidlách verejného obstarávania.

64 Zásada rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi, ktorej cieľom je podporovať rozvoj zdravej a účinnej hospodárskej súťaže medzi podnikmi, ktoré sa zúčastňujú na verejnom obstarávaní, prikazuje, aby všetci uchádzači mali rovnaké príležitosti pri formulovaní znenia svojich ponúk, a preto vyžaduje, aby tieto ponuky podliehali rovnakým podmienkam pre všetky súťažiace podniky (rozsudky z 12. decembra 2002, Universale-Bau a i., C 470/99, Zb., EU:C:2002:746, bod 93, a z 12. marca 2008, Evropaïki Dynamiki/Komisia, T 345/03, Zb., EU:T:2008:67, bod 143).

65 S uchádzačmi sa musí zaobchádzať rovnako tak v čase vypracúvania ich ponúk, ako aj v čase, keď sú tieto ponuky hodnotené verejným obstarávateľom (pozri v tomto zmysle rozsudok z 18. októbra 2001, SIAC Construction, C-19/00, Zb., EU:C:2001:553, bod 34 a tam citovanú judikatúru). Verejný obstarávateľ musí v každej fáze verejného obstarávania dohliadať na dodržiavanie rovnosti zaobchádzania, a teda aj na rovnosť šancí všetkých uchádzačov (pozri v tomto zmysle rozsudky z 29. apríla 2004, Komisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Zb., EU:C:2004:236, bod 108; z 24. februára 2000, ADT Projekt/Komisia, T-145/98, Zb., EU:T:2000:54, bod 164; zo 17. marca 2005, AFCon Management Consultants a i./Komisia, T-160/03, Zb., EU:T:2005:107, bod 75, a z 22. mája 2012, Evropaïki Dynamiki/Komisia, T-17/09, EU:T:2012:243, bod 65).

66 Prvú časť jediného žalobného dôvodu, založeného na protiprávnosti účasti spoločnosti Marsh, ako jediného uchádzača – sprostredkovateľa v zadávacom konaní, treba posudzovať na základe toho, čo bolo uvedené vyššie.

67 Zdá sa, že podmienky daného zadávacieho konania nepripúšťajú možnosť, aby sa sprostredkovateľ zúčastnil na zadávacom konaní ako jediný uchádzač.

68 Po prvé, pojem „sprostredkovateľ“ sa objavuje v určitých dokumentoch zadávacieho konania (v bode III.2.3 oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania týkajúceho sa technickej kapacity, v prílohe výzvy na predloženie ponúk, týkajúcej sa technických špecifikácií, ako podmienky účasti a v častiach týkajúcich sa informácií o povoleniach, ktoré je potrebné predložiť). Tieto dokumenty sú však minimálne spoločné pre ponuky predložené jediným uchádzačom a pre spoločné ponuky.

69 Okrem týchto zmienok obsiahnutých v častiach dokumentov spoločných pre ponuky predložené jediným uchádzačom a pre spoločné ponuky, je pojem „sprostredkovateľ“ výslovne použitý iba v zmysle spoločných ponúk (v článku 5.1 technických špecifikácií, ktorý sa týka podpisu poistnej zmluvy, dotazníka týkajúceho sa spoločných ponúk v prílohe IV výzvy na predloženie ponúk a vo vzore dohody/plnej moci uvedenom v tejto prílohe).

70 Podmienky zadávacieho konania týkajúce sa ponuky predloženej jediným uchádzačom výslovne nevylučujú pojem „sprostredkovateľ“ a zároveň ho ani neuvádzajú. Výskyt tohto pojmu v častiach zadávacieho konania, spoločných pre ponuky predložené jediným uchádzačom a spoločné ponuky, je možné lepšie vysvetliť tým, že sprostredkovateľ sa výslovne uvádza ako uchádzač v rámci spoločnej ponuky, než tým, že môže byť jediným uchádzačom.

71 Po druhé, tvrdenie Komisie, podľa ktorého žiadne ustanovenie súťažných podkladov nebráni uchádzačovi predložiť ponuku pre položku č. 1 ako jediný uchádzač, možno rozumne spochybniť.

72 Z prvej zarážky bodu 5 výzvy na predloženie ponúk, s názvom „Postup po predložení ponúk“ je možné domnievať sa, že „táto výzva na predloženie ponúk žiadnym spôsobom nezaväzuje Komisiu“ a že „záväzok vzniká až podpisom zmluvy s uchádzačom, ktorý bol vybratý“. Takisto, slovné spojenie „v prípade, že zmluvu nebude možné uzavrieť so subjektom, ktorému bola zadaná zákazka“ figuruje v prvom odseku na tretej strane napadnutého rozhodnutia.

73 Zo spisu a z tvrdení Komisie vyplýva, že „úspešným uchádzačom“ je v danom prípade jedine spoločnosť Marsh a žiadny iný subjekt.

74 Ako však Komisia zdôrazňuje vo svojej korešpondencii so spoločnosťou Marsh z 18. decembra 2013 a 12. februára 2014, sprostredkovateľ nemôže byť jediným signatárom spornej zmluvy na poskytovanie služieb.

75 Podľa článku 5.1 technických špecifikácií, v prípade, že zmluvu podpíšu viacerí solidárni poisťovatelia, je možné predložiť ponuky iba tromi spôsobmi, z ktorých len jeden pripúšťa účasť sprostredkovateľa. Táto situácia je však popísaná ako situácia, ktorá zodpovedá „prípadom predloženia ponuky viacerými solidárnymi poisťovateľmi, ktorí konajú ako konzorcium, zastúpené sprostredkovateľom“. S účasťou sprostredkovateľa sa teda počíta len v prípade spoločných ponúk.

76 Vzhľadom na vyššie uvedené je potrebné dospieť k záveru, že v rozpore s tvrdením Komisie, z analýzy ustanovení súťažných podkladov vyplýva, že nielen situácia v ktorej sprostredkovateľ predloží ponuku ako jediný uchádzač, nie je možná, ale že dokonca takúto situáciu možno považovať za vylúčenú.

77 Komisia okrem toho sama pripúšťa, že možnosť podať ponuku sprostredkovateľom ako jediným uchádzačom, nie je v súťažných podkladoch formálne stanovená. Tvrdí však, že vedená snahou sprístupniť zákazku čo najväčšiemu počtu uchádzačov na trhu, sa domnievala, že súťažné podklady nie je možné vykladať v tom zmysle, že vylučujú, aby ponuku podal sprostredkovateľ ako jediný uchádzač, ktorý získal mandát od niekoľkých poisťovateľov zaväzujúcich sa, že v prípade zadania zákazky podpíšu zmluvu a budú ju plniť. V tomto kontexte zohľadnila tiež článok 121 ods. 5 druhý pododsek vykonávacieho nariadenia.

78 Pokiaľ ide o odkaz na článok 121 ods. 5 druhý pododsek vykonávacieho nariadenia, je potrebné uviesť, že toto nariadenie sa použije v prípade, keď ponuku predloží skupina hospodárskych subjektov. V tomto ustanovení sa uvádza, že verejný obstarávateľ nesmie od takejto skupiny vyžadovať, aby mala určitú právnu formu. V danom prípade však nešlo o ponuku podanú skupinou hospodárskych subjektov, ale o ponuku, ktorú podal jediný uchádzač – sprostredkovateľ, ktorý bol subjektom, ktorému bola zadaná zákazka.

79 Pokiaľ ide o výklad súťažných podkladov, ktoré podľa Komisie nevylučujú, aby sprostredkovatelia konali ako jediní uchádzači, takýto výklad je v rozpore nielen s ustanoveniami súťažných podkladov, ale aj so štruktúrou celého systému.

80 Podanie ponuky sprostredkovateľom konajúcim ako jediný uchádzač, ktoré je podľa Komisie možné, môže mať odlišné následky na overenie súladu ponuky, a to konkrétne v prípade, keď podá ponuku poisťovacia spoločnosť konajúca ako jediný uchádzač. V oboch týchto prípadoch je verejný obstarávateľ povinný presvedčiť sa, či je ponuka v súlade so súťažnými podkladmi. Je preto potrebné, aby verejný obstarávateľ bol schopný takéhoto overenia.

81 Z bodu 3.4 výzvy na predloženie ponúk vyplýva, že posudzovanie ponúk sa musí uskutočniť v troch fázach a že do nasledujúcej fázy postúpia iba tie ponuky, ktoré splnili požiadavky každej hodnotiacej fázy. V prvej fáze sa overuje, či uchádzači splnili kritéria vylúčenia a v druhej fáze, či splnili kritéria výberu. V tretej fáze sa vyhodnotia ponuky a zadáva sa zákazka.

82 Pokiaľ ide osobitne o druhú fázu posudzovania, týkajúcu sa overenia kritérií výberu, z bodu 3.4.2 výzvy na predloženie ponúk vyplýva, že hodnotiaca komisia musí vyhodnotiť, či uchádzači majú na jednej strane dostatočné ekonomické a finančné kapacity a na druhej strane, či majú technickú a odbornú spôsobilosť. V tejto súvislosti je potrebné pripomenúť, že Komisia vo vyjadrení k žalobe výslovne uviedla, že riadne overila to, či ponuka spoločnosti Marsh spĺňala kritériá výberu zadávacieho konania, čo zároveň aj vyplýva z tabuľky vyhodnotenia kritérií výberu, ktorá je súčasťou prílohy zápisnice z vyhodnotenia ponúk z 13. januára 2014.

83 Pokiaľ ide o overenie ekonomickej a finančnej kapacity, je potrebné uviesť, že v súvislosti so spoločnou ponukou vyplýva z ustanovení oddielu 4 prílohy IV výzvy na predloženie ponúk, že informácie musí predložiť každý člen skupiny zvlášť.

84 Táto požiadavka umožňuje ubezpečiť sa o spoľahlivosti poisťovacích spoločností, ktoré v konečnom dôsledku poisťujú riziko. Z tohto dôvodu nie je možné, aby sprostredkovateľ, ktorý vyslovene koná ako potenciálny uchádzač, v rámci spoločnej ponuky, predložil výlučne informácie týkajúce sa jeho vlastnej ekonomickej a finančnej kapacity. Je potrebné vyhnúť sa tomu, aby sa hodnotiaca komisia sústredila iba na spoľahlivosť sprostredkovateľa, ktorý nepoisťuje kryté riziko.

85 Naopak, v prípade ponuky predloženej jediným uchádzačom, ustanovenia oddielu 4 prílohy IV výzvy na predloženie ponúk uvádzajú iba to, že vyhodnotenie sa týka ekonomickej a finančnej kapacity uchádzača. Pokiaľ by teda bolo možné (tak ako to tvrdí Komisia) pripustiť, že sprostredkovateľ môže konať ako jediný uchádzač, znamenalo by to, že vyhodnotenie by mohlo byť obmedzené len na informácie týkajúce sa tohto sprostredkovateľa, k čomu v danom prípade nakoniec aj došlo. Finančná spoľahlivosť poisťovacích spoločností, ktoré sa nebudú konkrétne podieľať na zabezpečení rizika, nebude *de iure*, súčasťou overovania ponuky.

86 Článok 147 ods. 3 vykonávacieho nariadenia toto konštatovanie nespochybňuje. Podľa tohto ustanovenia sa môže hospodársky subjekt, ak to prichádza do úvahy, a pri určitej zákazke, spoľahnúť na využitie kapacity iných subjektov bez ohľadu na právnu povahu vzťahov, ktoré s nimi má. V takom prípade musí verejnému obstarávateľovi preukázať, že bude mať k dispozícii zdroje potrebné na

vykonanie zákazky, napríklad predložením prísľubu týchto subjektov, že potrebné zdroje dajú hospodárskemu subjektu k dispozícii. Toto ustanovenie sa však uplatní iba v prípade, že sa uchádzač rozhodne odvolať sa na kapacity iných subjektov.

87 V danom prípade však Komisia jasne uviedla, že overenie kritérií výberu, do ktorého spadá aj ekonomická a finančná kapacita, sa uskutočnilo výlučne vo vzťahu k postaveniu spoločnosti Marsh.

88 Toto tvrdenie, ktoré je podložené aj údajmi v spise, bolo jasne predložené najskôr v konaní o nariadení predbežného opatrenia (pozri v tomto zmysle uznesenie Vanbreda Risk & Benefits/Komisia, už citované v bode 33 vyššie, EU:T:2014:1024, bod 72), nebolo spochybnené v tomto bode v rámci odvolania, ktoré podala Komisia (pozri bod 36 vyššie, *in fine*) a bolo o tomto tvrdení rozhodnuté v uznesení Komisia/Vanbreda Risk & Benefits, už citovanom v bode 39 vyššie (EU:C:2015:275). Komisia potvrdila, že bola overená iba ekonomická a finančná kapacita spoločnosti Marsh a nie kapacita poverených poisťovacích spoločností. Uviedla, že týmto zadaním zákazky sledovala cieľ uzavrieť zmluvu s poisťovateľmi bez toho, aby musela overovať ich ekonomickú a finančnú kapacitu. Tento prístup vyplýva z toho, že Komisia vedome rozhodla, že neuskutoční ekonomické preskúmanie a nebude teda vyžadovať žiadne dôkazy, ale uplatní skôr právny prístup tým, že bude požadovať, aby sa uchádzači zaviazali, že toto požadované kritérium splnia.

89 V duplike predloženej v rámci tohto konania Komisia opäť potvrdila, že v rámci zadávacieho konania mala byť overená iba ekonomická a finančná kapacita spoločnosti Marsh a nie kapacita poisťovateľov, ktorých navrhla spoločnosť Marsh.

90 Stačí však uviesť, že tento postoj Komisie a poskytnuté vysvetlenia sú v rozpore so znením a logikou súťažných podkladov. V rámci súťažných ponúk, kde je stanovená účasť sprostredkovateľa, vyžadujú totiž súťažné podklady predloženie dokumentov preukazujúcich ekonomickú a finančnú kapacitu každého člena zvlášť, a to vrátane poisťovacej spoločnosti alebo poisťovacích spoločností, ktoré sa zúčastňujú na spoločnej ponuke. Pokiaľ by pôvodným zámerom bolo skutočne obmedziť sa na overenie ekonomickej a finančnej kapacity sprostredkovateľov, tak by nepožadovala, aby boli v rámci spoločnej ponuky podanej so sprostredkovateľom predložené dokumenty týkajúce sa ekonomickej a finančnej kapacity jednotlivých členov. Okrem toho, pokiaľ by poisťovacia spoločnosť podala ponuku ako jediný uchádzač, bola by overená jej ekonomická a finančná kapacita. Znamená to teda, že ekonomická a finančná kapacita subjektu, ktorý je zodpovedný za riziko, by nebola overená iba v prípade, ak by ponuku podal sprostredkovateľ ako jediný uchádzač. Takýto postup je však v rozpore so štruktúrou celého systému a aj so zásadou rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi.

91 Nakoniec ako vyplýva zo znenia zadávacieho konania (pozri bod II.1.5 oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania, bod 2 technických špecifikácií a článok I.1.1 návrhu zmluvy o poskytovaní služieb), predmetom tohto zadávacieho konania bolo uzavretie poistnej zmluvy. V liste z 18. decembra 2013 Komisia potvrdila, že išlo o priamu poistnú zmluvu. Treba však konštatovať, že aj keď si Komisia vytýčila takýto cieľ, obmedzila sa na overenie ekonomickej a finančnej kapacity sprostredkovateľa – spoločnosti Marsh, bez toho aby overila kapacitu poisťovateľov, ktoré daná spoločnosť navrhla. Takýto postoj by bol pochopiteľný v rámci zadávacieho konania, ktorého cieľom je uzavretie zmluvy na služby sprostredkovania obchodov s nehnuteľnosťami, nie je však prípustný v rámci zadávacieho konania týkajúceho sa poistnej zmluvy, a to najmä vzhľadom na cieľ spočívajúci v ochrane finančných záujmov Únie, ktorý sleduje rozpočtové nariadenie.

92 Pokiaľ ide o úvahy Komisie týkajúce sa prístupu, ktorý Komisia uplatnila v zadávacom konaní, predchádzajúcom zadávaciemu konaniu a uzavretiu poistnej zmluvy, ktoré sú predmetom tohto konania, tieto úvahy nemajú žiadny dopad na posúdenie zákonnosti napadnutého rozhodnutia.

93 Z vyššie uvedených úvah vyplýva, že pripustenie sprostredkovateľa, ako jediného uchádzača do zadávacieho konania je v rozpore s ustanoveniami, ktorými sa riadi zadávacie konanie, ako aj so štruktúrou systému, ktorý bol týmto zadávacím konaním zvedený. Úvahy predložené Komisiou, týkajúce sa sledovaného cieľa udržať vysokú úroveň konkurencie medzi účastníkmi sporného zadávacieho konania, žiadnym spôsobom neodôvodňujú nedodržanie ustanovení zadávacieho konania.

94 Zo skutočností vyplývajúcich zo spisu je okrem iného možné vyvodiť záver, že jednou z hlavných podmienok zadávacieho konania bolo, aby sa poisťovateľ alebo poisťovatelia zaviazali k tomu, že budú niesť zodpovednosť za to, že riziká verejného obstarávateľa uvedené v súťažných podkladoch budú poistené v plnom rozsahu.

95 Komisia tvrdí, že v prípade sprostredkovateľa konajúceho ako jediný uchádzač, čo považuje za prípustné, by mal tento sprostredkovateľ zabezpečiť praktické podmienky pre plnenie zmluvy. Takýto postoj by podľa Komisie znamenal, že splnenie podmienky týkajúcej sa zabezpečenia krytia, ktorá je uvedená v bode 94 vyššie, by bolo overené len na základe dosiahnutého výsledku, a nie na základe toho, akým spôsobom sa tento výsledok dosiahol.

96 V prejednávanej veci spoločnosť Marsh pri predložení svojej ponuky uviedla, že cieľ spočívajúci v zabezpečení 100 % krytia sa dosiahne rozdelením rizík medzi jednotlivé poisťovacie spoločnosti. Listom zo 14. februára 2014 spoločnosť Marsh informovala Komisiu to tom, že jeden z poisťovateľov, ktorý sa mal danej ponuky zúčastniť, a síce AIG, odmietol podpísať zmluvu. Vzhľadom na tento problém navrhla spoločnosť Marsh nový spôsob rozdelenia rizík, bez toho, aby pritom zmenila celkovú cenu prijatej ponuky, a to v tom zmysle, že podiel, ktorý mala predstavovať účasť AIG, bol uskutočnený, po prvé, zvýšením podielov, ktoré mali niesť ostatné zúčastnené poisťovacie spoločnosti, a po druhé, pridelením časti tohto podielu dvom novým poisťovacím spoločnostiam, ktoré nepatrili medzi poisťovacie spoločnosti pôvodne uvedené v ponuke spoločnosti Marsh.

97 V okamihu, kedy spoločnosť Marsh musela posúdiť, po prvé, zvýšenie podielov poisťovacích spoločností, ktoré ju splnomocnili, a po druhé, účasť dvoch nových poisťovateľov, bola teda známa nielen konkurenčná ponuka, ale navyše bolo isté, že zákazka bude zadaná spoločnosti Marsh. Pokiaľ by totiž poisťovacie spoločnosti, ktoré spoločnosť Marsh splnomocnila, museli prijať zvýšenie svojich podielov a o to viac značné zvýšenie rizík, ktoré budú musieť znášať, v čase, kedy bola pripravovaná pôvodná ponuka, a kedy teda nebolo známe, že im bude zákazka zadaná, potom je vzhľadom na všetky ekonomické predpoklady pravdepodobné, že by požadovali ako protihodnotu vyššiu odmenu. V dôsledku toho mohlo dôjsť k zvýšeniu ceny ponuky. Podobne, ak by bola účasť dvoch nových poisťovateľov v ponuke prejednaná v čase, kedy nebola známa cena konkurenčnej ponuky, ani nebolo isté, či bude zákazka získaná, aj táto okolnosť by mohla viesť k inému výsledku, ktorý by mohol prípadne spôsobiť zvýšenie ceny ponuky, ktorú predložila spoločnosť Marsh. Naopak, obidve tieto nové poisťovacie spoločnosti mohli v prejednávanej veci presne poznať maximálnu výšku odmeny, ktorú mohli získať v čase, kedy udelili spoločnosti Marsh svoj súhlas.

98 Aj napriek tomu, že celkové cena ponuky nebola vo vzťahu ku Komisii skutočne zmenená, je nesporné, že došlo ku zmene podmienok pre vyjednávanie medzi uchádzačom a poisťovacími spoločnosťami.

99 Z vyššie uvedeného vyplýva, že pripustenie sprostredkovateľa zúčastniť sa na zadávacom konaní ako jediného uchádzača, splnomocneného poisťovacími spoločnosťami predstavuje, po prvé overenie prednosti ponuky hodnotiacej komisie z hľadiska podmienok stanovených v súťažných podkladoch iluzórnym, tomuto sprostredkovateľovi umožňuje, aby prípadne získal konkurenčnú výhodu oproti ostatným uchádzačom, a po tretie zavádza nerovné zaobchádzanie, ktorým je sprostredkovateľ konajúci ako jediný uchádzač zvýhodnený najmä oproti súťažiteľom predkladajúcim spoločnú ponuku s jedným alebo niekoľkými poisťovateľmi.

100 Pokiaľ teda Komisia vykladá súťažné podklady v tom zmysle, že nevylučuje, aby sprostredkovatelia konali ako jediní uchádzači, takýto výklad je v rozpore nielen s ustanoveniami, ktorými sa riadi zadávacie konanie, ale aj so štruktúrou daného systému. Žalobkyňa preto správne tvrdí, že účasť spoločnosti Marsh ako jediného uchádzača – sprostredkovateľa v zadávacom konaní bola protiprávna.

101 Okrem vyššie uvedeného konštatovania, ktoré vychádza zo znenia a logiky daného zadávacieho konania, je potrebné preskúmať aj to, či ako uvádza žalobkyňa v replike, neporušila Komisia v danom prípade zásadu rovnosti zaobchádzania tým, že si vymieňala korešpondenciu so spoločnosťou Marsh v čase po otvorení ponúk.

– O porušení zásady rovnosti zaobchádzania vyplývajúcom z výmeny korešpondencie medzi Komisiou a spoločnosťou Marsh v čase po otvorení ponúk

102 Z judikatúry uvedenej v bodoch 64 a 65 vyššie vyplýva, že verejný obstarávateľ musí zaobchádzať zo všetkými uchádzačmi rovnako, a že na tento účel musí overiť súlad ponúk s požiadavkami kladenými na danú zákazku. Nie je prípustné, aby verejný obstarávateľ prijal ponuku a podpísal zmluvu, pokiaľ existujú alebo by mohli rozumne existovať dôvody, na základe ktorých by sa domnieval, že ponuka, ktorú posudzuje alebo už vybral, nie je v súlade s požiadavkami kladenými na danú zákazku.

103 Za týchto okolností je potrebné preskúmať korešpondenciu medzi spoločnosťou Marsh a Komisiou v takej podobe, ako vyplýva zo spisu, najmä zo skutočností, ktoré uviedla Komisia v odpovedi na zabezpečenie priebehu konania zo dňa 11. septembra 2014.

104 Dňa 25. októbra 2013, predložila spoločnosť Marsh, ako sprostredkovateľ konajúci ako jediný uchádzač, svoju ponuku Komisii.

105 Táto ponuka obsahovala čestné vyhlásenie šiestich poisťovateľov, v ktorých jednotliví poisťovatelia vyjadrili súhlas s obsahom ponuky predloženej spoločnosťou Marsh, uviedli aký budú mať podiel na záväzku poistného krytia v rámci danej zákazky, a uviedli, že budú rešpektovať „každý za seba“ ustanovenia uvedené v špecifikácii zákazky. V jednom z týchto vyhlásení, ktoré podala spoločnosť AIG, bolo uvedené toto rukou písané stanovisko:

„Okrem doložky o solidárnom záväzku… Túto doložku neprijímame.“ [„except concerning the solidarity clause (príloha IV, s. 9, bod 1). We do not accept this clause“].

106 V technickej časti ponuky spoločnosť Marsh uviedla, že ona sama (sprostredkovateľ konajúci ako jediný uchádzač) a ani poisťovatelia, ktorých navrhuje „nekonajú vo forme skupiny, ani na základe subdodávateľských vzťahov a preto sa na túto zákazku [nepoužijú] niektoré z podmienok uvedených v prílohe IV [výzvy na predloženie ponúk], napríklad podmienka týkajúca sa solidárnej zodpovednosti poisťovateľov“.

107 Faxom z 13. novembra 2013 potvrdila Komisia prijatie ponuky podanej spoločnosťou Marsh. V tomto faxe Komisia neuviedla žiadnu poznámku, ani žiadosť, ktorá by sa týkala dokumentov a zmienok, ktoré boli v ponuke spoločnosti Marsh uvedené v súvislosti s povahou záväzku poisťovateľov.

108 Komisia spoločnosti Marsh iba oznámila, že jej ponuka neobsahuje (ale v inej súvislosti) všetky požadované dokumenty a informácie (technická spôsobilosť, predchádzajúce referencie týkajúce sa poistiek a poistných plôch). Spoločnosť Marsh poskytla požadované informácie faxom z 15. a 18. novembra 2013.

109 Faxom z 27. novembra 2013 oznámila Komisia spoločnosti Marsh, že musí svoju ponuku doplniť o určité informácie.

110 V tomto faxe Komisia uviedla, že „verejný obstarávateľ uviedol, že [oddiel] 3 prílohy IV výzvy na predloženie ponúk [sa nepoužije], pretože [nejde] o spoločnú ponuku a ani o ponuku podanú skupinou podnikov“.

111 Komisia uviedla, že podľa tvrdenia verejného obstarávateľa síce ponuka podaná spoločnosťou Marsh zaručuje 100 % krytie poistených rizík, ale že boli zistené nedostatky týkajúce sa podielov, ktorými budú zastúpení na tomto krytí dvaja poisťovatelia. Komisia požiadala spoločnosť Marsh, aby tieto nedostatky odstránila tým, že predloží opravené plné moci spolupodpísané jednotlivými poisťovateľmi, a v ktorých uvedie aj ich podiely.

112 V rámci tejto opravy Komisia požiadala spoločnosť Marsh, spôsobom ktorý je v danom prípade relevantný, aby „potvrdila, že riziká, ktoré majú byť poistené, budú kryté vo výške 100 %, na základe solidárnej zodpovednosti všetkých zúčastnených poisťovateľov v súlade s posledným odsekom strany 1 návrhu rámcovej zmluvy“.

113 Spoločnosť Marsh odpovedala faxom z 28. novembra 2013, v ktorom uviedla, že „si praje objasniť, čo sa v návrhu rámcovej zmluvy rozumie pod výrazom *solidárna zodpovednosť všetkých zúčastnených poisťovateľov*“ (kurzívou zvýraznila spoločnosť Marsh).

114 Spoločnosť Marsh uviedla, že „vzhľadom na prax, ktorá je bežná v poisťovníctve, pokiaľ ide o ponuky zahŕňajúce účasť hlavného poisťovateľa a spolupoisťovateľov, [rozumie] tomuto výrazu tak, že všetci uvedení spolupoisťovatelia splnomocňujú hlavného poisťovateľa, aby konal v ich mene pokiaľ ide o všetky právne úkony týkajúce sa zmluvy“. Spoločnosť Marsh uviedla, že „medzi tieto úkony patria, okrem iného, vyhlásenia, zmeny, oznámenia o poistnej udalosti, rokovania, likvidácia poistných udalostí a poskytovanie odškodnení, vrátane súvisiacich nákladov, akékoľvek právne úkony a výkon akýchkoľvek práv týkajúcich sa prevzatia nárokov, ako aj právo podať žalobu“ a že „okrem toho sa predpokladá, že všetci spolupoisťovatelia sa budú bezprostredne a s konečnou platnosťou riadiť všetkými rozhodnutiami alebo opatreniami, ktoré príjme hlavný poisťovateľ a z ktorých vyplýva jednomyseľný súhlas všetkých poisťovateľov, ako zmluvných strán“. Spoločnosť Marsh požiadala Komisiu, aby potvrdila, že takýto výklad je správny.

115 Faxom z 2. decembra 2013 Komisia oznámila, že „chce podať nižšie uvedené vysvetlenie s cieľom odpovedať na otázky“, ktoré položila spoločnosť Marsh:

„Predovšetkým je potrebné pripomenúť, že budúca zmluvná strana bude mať povinnosť výsledku spočívajúcu v poskytovaní poistenia v súlade so súťažnými podkladmi (100 % poistné krytie) nepretržite počas celého trvania zmluvy.

V tomto kontexte prináleží uchádzačovi, aby zabezpečil praktické podmienky plnenia zmluvy, ktoré môžu zahŕňať najmä prostriedky uvedené v tomto liste.

Pokiaľ ide o pojem solidárnej zodpovednosti, odkazujme Vás na definíciu uvedenú v článku 5.1 technických špecifikácií (pozri vyššie).

Ako sami môžete konštatovať, tento článok neukladá hlavným poisťovateľom, sprostredkovateľom alebo spolupoisťovateľom žiadne osobitné podmienky, pokiaľ ide o spôsob plnenia zmluvy.

*‚5.1 **Všeobecné ustanovenia** Plnenie zmluvy začína dňom nadobudnutia jej platnosti v súlade s článkom 1.2.1 návrhu zmluvy. Pokiaľ ponuku podá niekoľko poisťovateľov zodpovedných solidárne alebo niekoľko poisťovateľov konajúcich ako konzorcium a zastúpených hlavným poisťovateľom, ktorý je solidárne zodpovedný, v prípade zadania zákazky zmluvu podpíše každý z týchto poisťovateľov. V takomto prípade sa uchádzač zaväzuje, že verejný obstarávateľ bude po celú dobu platnosti zmluvy nepretržite v plnom rozsahu poistený (100 % poistné krytie); za predpokladu, že hlavný poisťovateľ je*

uchádzačom, hlavný poisťovateľ bude kontaktnou osobou medzi verejným obstarávateľom a osobou, ktorá dohliada na plnenie zmluvy. ***V prípade podania ponuky niekoľkými poisťovateľmi, ktorí konajú ako konzorcium a sú zastúpení sprostredkovateľom, podpíše v prípade zadania zákazky zmluvu každý z týchto poisťovateľov a aj sprostredkovateľ****. V takomto prípade sa poisťovateľ alebo poisťovatelia tiež zaväzujú, že verejný obstarávateľ bude po celú dobu platnosti zmluvy nepretržite v plnom rozsahu poistený (100 % poistné krytie). V takomto prípade, sprostredkovateľ bude kontaktnou osobou medzi verejným obstarávateľom a osobou, ktorá dohliada na plnenie zmluvy. Sprostredkovateľovi bude za to patriť odmena, ktorú mu vyplatia priamo poisťovateľ alebo poisťovatelia. Sprostredkovateľ bude oprávnený prijímať platby poistného a bude konať ako sprostredkovateľ pri likvidácii poistných udalostí.*‘

Vzhľadom na vyššie uvedené, žiadame o potvrdenie, že bude dodržaná doložka o solidárnej zodpovednosti, ktorá je definovaná vyššie a na prvej strane návrhu“ (tučným a kurzívou zvýraznila Komisia).

116 Mailom zo 6. decembra 2013 oznámila spoločnosť Marsh, že si „v tomto štádiu… bohužiaľ ešte stále nie je istá, či správne pochopila, aký záväzok [od nej Komisia] požaduje“, pokiaľ ide o otázku solidárnej zodpovednosti poisťovateľov.

117 Spoločnosť Marsh dodala, že „podstata veci má príliš veľký význam a musí sa venovať dostatok času na to, aby obidve zmluvné strany dokonale porozumeli zmluvným dojednaniam, ktorými sa budú riadiť“. Spoločnosť Marsh požiadala o schôdzku s cieľom „diskutovať o obojstrannom pochopení tejto doložky o solidárnej zodpovednosti“, pričom uviedla, že po tejto schôdzke „poskytne okamžite konečnú odpoveď… týkajúcu sa vyššie uvedeného záväzku a bude si môcť bezpochyby ujasniť pojmy, kvôli ktorým v súčasnosti [Komisii] nemôže podať požadovanú odpoveď“.

118 Spoločnosť Marsh ďalej uviedla tieto úvahy:

„Pre pripomenutie uvádzame, ako už bolo spresnené v našej žiadosti z 28. novembra 2013, že spoločnosť Marsh podala svoju ponuku samostatne ako sprostredkovateľ, nie v rámci skupiny, ani konzorcia, ani ako spoločnú ponuku s jedným alebo viacerými poisťovateľmi (títo poisťovatelia nekonali v rámci skupiny). Táto zásada, ktorú ste uznali vo faxe z 27. novembra 2013, nie je uvedená v článku 5.1 pravidiel plnenia zmluvy, na ktoré odkazujete vo Vašom poslednom faxe (ani jeden z obidvoch popísaných prípadov nevystihuje situáciu týkajúcu sa podania našej ponuky), napriek tomu, že toto zadávacie konanie je otvorené aj pre poisťovateľov aj pre sprostredkovateľov.

Podanie ponuky spoločnosti Marsh ako jediného uchádzača, za podpory záväzkov, ktoré prijali poisťovatelia s cieľom zabezpečiť 100 % poistné krytie, nevyžaduje a podľa nás ani neznamená, že musí existovať skupina v zmysle článku 5.1, keďže tento článok vyžaduje, aby bola ponuka podaná všetkými členmi skupiny, ktorí sú v dôsledku toho všetci solidárne zodpovednými uchádzačmi.

Z tohto rozlíšenia vyplýva, podľa nás, aj otázka potreby potvrdiť solidárnu zodpovednosť zo strany poisťovateľov.

Okrem toho by sme si radi ujasnili, či spoločnosť Marsh, konajúca ako jediný uchádzač, sa považuje za (jedinú?) zmluvnú stranu, keďže definícia pojmu zmluvná strana odkazuje na ‚poisťovaciu spoločnosť s ktorou je podpísaná zmluva…‘. Alebo naopak, domnievate sa, že (jediný) uchádzač sa nemôže stať ďalšou zmluvnou stranou (vzhľadom na jeho postavenie sprostredkovateľa), čo možno považovať z právneho hľadiska za veľmi zložitú konštrukciu?

Napokon by sme radi zistili, aký je presný význam pojmu solidárnej zodpovednosti, vzhľadom na to, že podľa článku 47 zákona o kontrole (loi de contrôle) z 9. júla 1979 (v znení zmien a doplnkov) (prebratie európskych smerníc) je [Financial Services and Markets Authority] v každom prípade oprávnený uložiť konsolidačné opatrenia, ktoré sa dotknú práv tretích osôb (veritelia poisťovateľov).

Pri posudzovaní finančnej situácie belgického poisťovateľa by [Financial Services and Markets Authority] mohol uložiť konsolidačné opatrenia, ktoré by sa dotkli záväzku solidárnej zodpovednosti a to napríklad preto, že by takýto záväzok mohol ohroziť plnenie bežných záväzkov vyplývajúcich z činnosti, ktoré sú tomuto poisťovateľovi vlastné.“

119 Komisia odpovedala faxom z 18. decembra 2013 v tom zmysle, že požadovanú schôdzku nie je možné usporiadať, pretože takéto stretnutia sú zakázané, pričom uviedla, že „v súvislosti s otázkami týkajúcimi sa solidárnej zodpovednosti, [ktoré predložila spoločnosť Marsh]… môže poskytnúť nasledujúce vysvetlenie“:

„Je vhodné pripomenúť, že predmetom tohto zadávacieho konania je uzavretie poistnej zmluvy pre každú položku zákazky, a to na základe podmienok stanovených v dokumentoch týkajúcich sa zákazky. Ide o priame poistné zmluvy, ktoré musia zahŕňať majetok alebo zákazky verejných obstarávateľov, a to odo dňa ich podpísania a bez potreby následného uzavretia poistenia. Článok 5.1 technických špecifikácií v tejto súvislosti stanovuje, že ‚plnenie zmluvy začína dňom, kedy zmluva nadobudne platnosť, v súlade s článkom 1.2.1 návrhu zmluvy‘.

Pokiaľ by sa teda vyžadovalo, aby sprostredkovateľ podpísal poistnú zmluvu sám vo svojom vlastnom mene a bez nerozdielneho záväzku poisťovacích spoločností, došlo by k prekročeniu záväzkov, ktoré môže podľa právnych predpisov sprostredkovateľ prijať. Práve tento dôvod viedol k tomu, že v rámci tejto zákazky nie je takáto situácia stanovená.

Z rovnakého dôvodu je v dokumentoch týkajúcich sa zákazky stanovené, že zmluvy musia byť podpísané poisťovacími spoločnosťami a prípadne sprostredkovateľom, v súlade s podmienkami stanovenými v článku 5.1 technických špecifikácií. V takomto prípade sa bude zodpovednosť signatárov zmluvy považovať za solidárnu v tej podobe, v akej je uvedená vo vzore zmluvy, ktorý je súčasťou prílohy súťažných podkladov.

Ako sme už uviedli v našom faxe z 27. novembra 2013, je na uchádzačovi, aby zabezpečil praktické podmienky pre plnenie zmluvy a aby rozdelil úlohy medzi jednotlivé poisťovacie spoločnosti s cieľom zabezpečiť riadne plnenie zmluvy. Budúca zmluvná strana/zmluvné strany budú mať povinnosť konkrétneho výsledku, a síce zabezpečiť, aby sa nepretržite a po celý čas platnosti zmluvy poskytovalo poistenie na základe ustanovení súťažných podkladov (100 % poistné krytie). Solidárna zodpovednosť predstavuje za týchto okolností dodatočnú záruku pre verejného obstarávateľa pre prípad, že sa zmluva nebude riadne plniť, bez toho aby sa signatárom zmluvy ukladali ďalšie povinnosti týkajúce sa plnenia zmluvy.

Vzhľadom na vyššie uvedené Vás žiadam o potvrdenie toho, že bude dodržaná vyššie uvedená doložka o solidárnej zodpovednosti, ktorá je definovaná v dokumentoch týkajúcich sa zákazky a predovšetkým na prvej strane návrhu rámcovej zmluvy.

Ďalej by som rád uviedol, že ste vo svojom liste upresnili, že máte k dispozícii plnú moc zo strany poisťovateľov, ktorí potvrdzujú 100 % krytie. Týmto Vás žiadame, aby ste nám vyššie uvedené plné moci poslali.“

120 Spoločnosť Marsh odpovedala faxom z 24. decembra 2013 nasledovne:

„Vzhľadom na vysvetlenia uvedené vo Vašom faxe, najmä v súvislosti s tým, že solidárna zodpovednosť predstavuje dodatočnú záruku pre verejného obstarávateľa v prípade, že nebude zmluva riadne plnená, bez toho aby sa signatárom zmluvy ukladali ďalšie povinnosti týkajúce sa plnenia zmluvy, týmto potvrdzujem, že bude zabezpečené krytie v rozsahu 100 %.

V prílohe Vám v tejto súvislosti zasielame plnú moc podpísanú jednotlivými poisťovateľmi, pričom každý z nich vlastným menom potvrdzuje, že spoločne zaručí 100 % krytie. Zo vzájomného „prekrývania“ šiestich podpísaných plných mocí je možné jasne dospieť k záveru, že po celý čas platnosti zmluvy bude zaručené 100 % krytie.

Touto formou (ktorá, ako pripomíname, je rovnaká ako forma, ktorá bola zavedená v rámci súčasnej medziinštitucionálnej zmluvy) teda spoločnosť Marsh podáva ponuku, na ktorej sa zúčastňuje šesť poisťovateľov, pričom každý z nich nesie svoj podiel formou spolupoistenia, a to v poradí, ktoré sme zreteľne definovali v schémach uvedených v podpísaných plných mociach.

Tiež bolo upresnené, že títo poisťovatelia nie sú vo vzťahu ku spoločnosti Marsh ani vzájomne medzi sebou združení v žiadnej skupine.

Vzhľadom na že, že poisťovatelia nie sú združení v žiadnej skupine, vyhlasujú, že v súvislosti s tou časťou zmluvy, ktorú majú plniť, spĺňajú všetky ustanovenia, ktorými sa spravuje táto zákazka (‘I declare that xxx will comply with all the terms of the tender specifications, for the part of the contract xxx will perform’).

Domnievame sa, že týmito vyhláseniami sme splnili povinnosť zaručiť verejným obstarávateľom riadne plnenie zmluvy, pričom však zároveň uvádzame, že napriek obojstrannému úsiliu o pochopenie a vysvetlenie, nie sme celkom presvedčení o tom, že týmto spôsobom splníme požiadavky stanovené v rámci zmluvy, vzhľadom na to, že solidárna zodpovednosť, v tej podobe, v akej ju pravdepodobne vnímate Vy, nebola zo strany poisťovateľov uznaná. Mohla by totiž viesť k tomu, že pre každého takéhoto poisťovateľa bude záväzná nielen tá časť zmluvy, na plnenie ktorej je zaviazaný, ale bude viazaný až do výšky 100 % tejto zmluvy, čo je v rozpore s myšlienkou spolupoistenia, pretože krytie musí byť zaručené v rozsahu 100 % a nie v rozsahu 600 %.

Týmto Vám oznamujeme, že na účely plnenia cieľa, ktorý sledujete stanovením povinnosti solidárnej zodpovednosti poisťovateľov, boli jednotliví poisťovatelia požiadaní, aby sa zaviazali k tomu, že svoj podiel splnia v rozsahu 100 % a tento záväzok prijali. Z faktického, ako aj právneho hľadiska teda nie je možné, aby bola z Vašej strany požadovaná solidárna zodpovednosť.

Ďakujeme Vám vopred za konečné objasnenie tohto problému.“

121 Faxom z 8. januára 2014 poďakovala Komisia spomínanej spoločnosti za vysvetlenie a informácie uvedené v liste z 24. decembra 2013 a požiadala od ju o ďalšie vysvetlenie:

„Ako už bolo skôr uvedené, záväzok poskytnutý Vašou spoločnosťou a poisťovňami, ktorých plné moci boli predložené v rámci Vašej ponuky, musia byť potvrdené podpísaním poistnej zmluvy, ktorá je súčasťou prílohy súťažných podkladov.

V tomto štádiu nie je dôležité, či bola ponuka podaná samostatne alebo skupinou uchádzačov, pretože poistnú zmluvu musia záväzne podpísať poisťovacie spoločnosti, ktoré prostredníctvom svojich plných mocí potvrdzujú, že v prípade zadania zákazky zabezpečia plnenie zmluvy. Zo znenia Vášho listu nie je možné dospieť jasne k záveru, či tomu tak vo Vašom prípade bude.

Žiadam Vás preto o potvrdenie, že v prípade zadania zákazky bude zmluvný záväzok podpísaný Vašou spoločnosťou, ako aj spolupoisťovateľmi uvedenými vo Vašej ponuke.“

122 Spoločnosť Marsh odpovedala mailom z 10. januára 2014 nasledovne:

„Potvrdzujeme, že v prípade zadania zákazky podpíše spoločnosť Marsh a spolupoisťovatelia, uvedení v našej ponuke (ktorých plné moci sme opätovne potvrdili vo našom liste z 24. decembra 2013) zmluvu na poskytovanie služieb priloženú v súťažných podkladoch, za predpokladu, že medzi základné prvky danej zákazky bude patriť pôvodná ponuka, ako aj plná moc, ktorá je jej súčasťou, a jednotlivé doplňujúce a vysvetľujúce dokumenty, ktoré sa týkajú najmä solidárnej zodpovednosti.

Pokiaľ ide konkrétne o stranu 1 vyššie uvedenej zmluvy, z našej predchádzajúcej komunikácie ste zistili, že v plných mociach priložených k našej ponuke poisťovatelia vyhlasujú, že v súvislosti s tou časťou zmluvy, ktorú majú plniť, spĺňajú všetky ustanovenia, ktorými sa spravuje táto zákazka ('I declare that xxx will comply with all the terms of the tender specifications, for the part of the contract xxx will perform').

Vážená pani, veríme, že na základe tohto nášho vyhlásenia nebudete mať ďalšie pochybnosti a srdečne Vás týmto pozdravujeme."

123 Hodnotiaca komisia vo svojom liste z 13. januára 2014 uviedla, že spoločnosť Marsh spĺňa vo všetkých ohľadoch kritériá pre nevylúčenie a pre výber, ktoré sú uvedené v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania. Pokiaľ ide o finančné hodnotenie, hodnotiaca komisia dospela k záveru, že spoločnosť Marsh poskytla všetky požadované upresnenia a dokumenty a že jej ponuka pre položku č. 1 v tej podobe, v akej ju upresnil uchádzač, je v súlade s ustanoveniami súťažných podkladov a spĺňa podmienky pre uskutočnenie finančného hodnotenia.

124 Komisia prijala dňa 30. januára 2014 napadnuté rozhodnutie.

125 Z vyššie uvedenej komunikácie medzi spoločnosťou Marsh a Komisiou však vyplýva, že sa Komisia musela veľmi rýchlo dostať do situácie, kedy už nemohla mať žiadne pochybnosti o tom, že ponuka, ktorú podala spoločnosť Marsh 25. októbra 2013, nebola založená – ani teda ani vyčíslená – na základe nerozdielneho záväzku, teda záväzku každého z poisťovateľov týkajúceho sa prípadného zabezpečenia celého rozsahu poistného krytia.

126 Najneskôr po prijatí faxu, ktorý zaslala spoločnosť Marsh 24. decembra 2013 (pozri bod 120 vyššie), a najmä po prijatí mailu z 10. januára 2014 (pozri bod 122 vyššie), mala Komisia poukázať na to, že ponuka spoločnosti Marsh obsahuje len spoločnú zodpovednosť poisťovateľov, pričom každý z nich nesie zodpovednosť len za svoj podiel, čo nakoniec spoločnosť Marsh sama priznala. Komisia teda mala konštatovať, že ponuka spoločnosti Marsh nie je v súlade s požiadavkami danej zákazky, a mala dospieť k záveru, že pokiaľ by podpísala zmluvu so spoločnosťou Marsh, dopustila by sa tým porušenia zásady rovnosti zaobchádzania vo vzťahu k ďalším uchádzačom.

127 Okolnosť, že po tom ako odstúpila spoločnosť AIG, ktorú nahradili dvaja iní poisťovatelia, došlo nakoniec k tomu, že v rámci poistného krytia zmluvou podpísanou medzi Komisiou, spoločnosťou Marsh a poisťovateľmi, ktorých s konečnou platnosťou navrhla spoločnosť Marsh, sa títo poisťovatelia zaviazali ku solidárnej zodpovednosti, nemôže v žiadnom prípade spochybniť záver vyplývajúci z vyššie uvedeného bodu 126. Tieto zmeny naopak len potvrdzujú to, čo už bolo uvedené v komunikáciách, ktoré predchádzali prijatiu napadnutého rozhodnutia.

128 Je potrebné zdôrazniť, že v prejednávanej veci nie je dôležité to, že poistné krytie, ktoré nakoniec zabezpečila spoločnosť Marsh spolu s inými poisťovateľmi, obsahovalo v dôsledku vyššie uvedených zmien záväzok solidárnej zodpovednosti, ktorý ukladajú súťažné podklady, bez toho aby došlo ku zmene ceny uvedenej v ponuke spoločnosti Marsh z 25. októbra 2013, ale to, že v podobe, v akej bola ponuka spoločnosti Marsh podaná, tento záväzok solidárnej zodpovednosti neobsahovala, čo znamená, že nebola v súlade so súťažnými podkladmi.

129 Určité neobvyklé okolnosti, na ktoré odkazuje Komisia, najmä okolnosť, že v plnej moci podanej spoločnosťou AIG, na ktorú odkazuje bod 105 vyššie, je rukou písané stanovisko („Okrem doložky o solidárnom záväzku… túto doložku neprijímame“) a že v neskôr zaslanej plnej moci spoločnosti AIG už toto stanovisko nebolo uvedené (pozri bod 120 vyššie), nemôžu spochybniť skutočnosť, že Komisia musela vedieť o tom, že ponuka podaná spoločnosťou Marsh neobsahuje záväzok solidárnej zodpovednosti.

130 Hoci je pravdou, že spoločnosť Marsh zaslala Komisii následne na jej žiadosť plnú moc spoločnosti AIG, v ktorej už toto rukou napísané stanovisko nebolo, nemení to nič na skutočnosti, že v tejto plnej moci bolo aj naďalej stanovené obmedzenie finančného záväzku poisťovateľa, ako aj to, že poisťovateľ sa zaväzuje k tomu, že splní všetky ustanovenia, ktorými sa spravuje táto zákazka, „v tej časti zmluvy, ktorú má plniť“ (for the part of the contract it will perform). Znamená to teda, že samotné odstránenie rukou písaného stanoviska, uvedeného v bode 129 vyššie, nemohlo viesť k tomu, že by spoločnosť AIG prestala vylučovať záväzok solidárnej zodpovednosti.

131 Okrem toho, ešte dôležitejšie je to, že vyššie uvedená plná moc spoločnosti AIG, ktorá už neobsahovala rukou písané stanovisko (mimochodom, rovnako ako ostatných päť plných mocí podaných piatimi ďalšími poisťovateľmi navrhnutými spoločnosťou Marsh, ktorých znenie bolo totožné), bola súčasťou prílohy listu spoločnosti Marsh z 24. decembra 2013. Zo znenia tohto listu totiž vyplýva (pozri bod 120 vyššie), že solidárnu zodpovednosť poisťovateľov výslovne vylučuje. Po prečítaní tohto listu už Komisia nemohla mať v tejto otázke žiadne rozumné pochybnosti. Z toho teda vyplýva, vzhľadom na odstránenie rukou písaného stanoviska, v dôsledku ktorého bolo zjednotené znenie všetkých plných mocí podaných poisťovateľmi, ktorých navrhla spoločnosť Marsh (ktoré vo všetkých prípadoch obsahovalo ustanovenie, že poisťovateľ prijíma záväzok „v tej časti zmluvy, ktorú má plniť“), že si mala byť Komisia o to viac istá, že v súvislosti so záväzkom solidárnej zodpovednosti nie je ponuka spoločnosti Marsh v poriadku, osobitne ak by zohľadnila znenie listu z 24. decembra 2013.

132 Na list z 24. decembra 2013 nadväzoval mail z 10. januára 2014 (pozri bod 122 vyššie), ktorý mohol Komisii potvrdiť, že ponuka podaná spoločnosťou Marsh skutočne neobsahuje záväzok solidárnej zodpovednosti poisťovateľov. Nie je teda možné, aby Komisia nevedela o tom, že táto ponuka je neprípustná a že je založená na finančnom záväzku, ktorý nemá žiadnu súvislosť so záväzkom, na ktorom je založená ponuka podaná žalobkyňou. Komisia tým, že pokračovala v komunikácii so spoločnosťou Marsh a prijala napadnuté rozhodnutie, namiesto toho aby konštatovala neprípustnosť jej ponuky a vylúčila ju, zjavne porušila zásadu rovnosti zaobchádzania.

133 Z vyššie uvedených úvah teda vyplýva, že prvá časť jediného žalobného dôvodu na zrušenie je odôvodnená.

O druhej časti žalobného dôvodu, založenej na porušení zásady rovnosti zaobchádzania z toho dôvodu, že spoločnosť Marsh zmenila svoju ponuku po otvorení ponúk

134 Žalobkyňa tvrdí, že po otvorení ponúk došlo ku zmene zloženia konzocia vytvoreného spoločnosťou Marsh. Bol vylúčený najmenej jeden z poisťovateľov, a síce, spoločnosť AIG, ktorá odmietla prijať záväzok solidárnej zodpovednosti za plnenie zmluvy.

135 Táto zmena v zložení konzorcia vytvoreného spoločnosťou Marsh, ku ktorej došlo po otvorení ponúk, sa nemôže považovať za „spresnenie“ obsahu ponuky ani za „opravu administratívnej chyby“ v zmysle článku 160 ods. 3 vykonávacieho nariadenia. Komisia preto tým, že povolila túto zmenu, porušila zásadu rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi v spojení s článkom 112 ods. 1 rozpočtového nariadenia a s článkom 160 vykonávacieho nariadenia.

136 Je teda zjavné, že pokiaľ by nedošlo k takémuto pochybeniu pri zadaní zákazky, zadávacie konanie sa mohlo skončiť inak. Pokiaľ by totiž Komisia zamietla ponuku spoločnosti Marsh ako neprípustnú, zákazka by bola zadaná žalobkyni, pretože bola jediným ďalším podnikom, ktorý bol uchádzačom o túto zákazku a ktorého ponuka bola prípustná.

137 Žalobkyňa v replike na základe nových skutočností uvádza, že protiprávne zmeny ponuky podané spoločnosťou Marsh boli trojakého druhu.

138 Po prvé, totožnosť poisťovateľov, ktorí splnomocnili spoločnosť Marsh a ani ich finančnú situáciu nemožno považovať len za praktické opatrenia týkajúce sa plnenia zmluvy. Okolnosť, že po otvorení ponúk došlo k výmene spoločnosti AIG za iných poisťovateľov, predstavuje protiprávnu zmenu ponuky.

139 Po druhé, aj napriek tomu, že celková cena ponuky podanej spoločnosťou Marsh zostala nezmenená, je nepochybné, že podmienky, za akých spoločnosť Marsh konala s pôvodnými a novými poisťovateľmi, boli rozdielne od podmienok existujúcich pred podaním ponuky, pretože na jednej strane už bola známa cena, ktorú navrhla žalobkyňa, a na druhej strane si boli poisťovatelia istí, že zákazka bude zadaná spoločnosti Marsh. Skutočnosť, že došlo k vylúčeniu spoločnosti AIG a zmene podielov jednotlivých poisťovateľov, preto viedla k tomu, že spoločnosť Marsh získala súťažné výhody.

140 Po tretie, Komisia umožnila spoločnosti Marsh, aby svoju ponuku, ktorú podala protiprávnym spôsobom ako jediný uchádzač bez záväzku solidárnej zodpovednosti, „zmenila“ na spoločnú ponuku obsahujúcu záväzok solidárnej zodpovednosti. Vzhľadom na to, že poisťovatelia výslovne odmietli akúkoľvek solidárnu zodpovednosť a prijali záväzok len vo vzťahu k tej časti zmluvy, ktorú mali plniť, nebolo možné, aby sa Komisia obrátila na spoločnosť Marsh so žiadosťou o dodatočné „spresnenie“ alebo „opravu“.

141 Tým, že Komisia prijala dokumenty a zásadné zmeny ponuky spoločnosti Marsh v čase po otvorení ponúk, porušila hlavnú zásadu, podľa ktorej je nutné pri zadaní zákazky vychádzať z tých ponúk, ktoré boli podané v stanovených lehotách a nie z neskorších skutočností.

142 Komisia namieta proti postoju žalobkyne.

143 Po prvé, spoločnosť Marsh podľa nej nevystupovala v rámci konzorcia, ale ako sprostredkovateľ v postavení jediného uchádzača. Ku žiadnej „zmene konzorcia“ preto nemohlo dôjsť.

144 Po druhé, v rámci kontaktov medzi Komisiou a uchádzačmi (spoločnosťou Marsh, ako aj žalobkyňou), ktoré predchádzali zadaniu zákazky, boli v plnom rozsahu dodržané právne predpisy uplatniteľné v oblasti verejného obstarávania. Zo strany spoločnosti Marsh išlo o žiadosti o doplnenie podkladov týkajúcich sa kritérií výberu, o opravu zistených administratívnych chýb a o poskytnutie rôznych spresnení týkajúcich sa dodržania niektorých povinností vyplývajúcich zo súťažných podkladov, pričom vyššie uvedené žiadosti boli podané v súlade s článkom 158 ods. 3 a článkom 160 ods. 3 vykonávacieho nariadenia. Nedošlo pritom ku žiadnej zmene podmienok ponuky, ktorú podala spoločnosť Marsh – teda zabezpečenie 100 % poistného krytia rizík stanovených v súťažných podkladoch, ani ceny ponuky.

145 Po tretie, po zadaní zákazky a dokonca aj po tom, ako boli spoločnosti Marsh zaslané na podpis dva exempláre návrhu zmluvy, spoločnosť AIG, ktorá konala súčasne ako jeden z poisťovateľov, ktorí pôvodne splnomocnili spoločnosť Marsh na uzavretie zmluvy, a ako poisťovateľ v rámci skupiny so žalobkyňou, odmietla podpísať zmluvu v tej podobe, v akej bola stanovená v súťažných podkladoch. Aj napriek tomu, že žalobkyňa tvrdí opak, žiadny z poisťovateľov však nebol „vylúčený“ Komisiou ani spoločnosťou Marsh. Bol to samotný poisťovateľ, ktorý sa rozhodol, že poistnú zmluvu nepodpíše.

146 Komisia uvádza, že bolo na spoločnosti Marsh, ktorá podala svoju ponuku ako sprostredkovateľ v postavení jediného uchádzača, aby zabezpečila praktické podmienky pre plnenie zmluvy a aby rozdelila úlohy medzi jednotlivých poisťovateľov s cieľom zabezpečiť riadne plnenie zmluvy, pričom sa predpokladalo, že sú vylúčené akékoľvek zmeny podmienok jej ponuky. Spoločnosť Marsh tiež navrhla (čo Komisia uznala), aby bola spoločnosť AIG nahradená inými poisťovateľmi, od ktorých už mala plné moci, ako aj dvoma ďalšími poisťovateľmi. Ku podpisu poistnej zmluvy teda mohlo dôjsť 27. februára 2014.

147 V tejto súvislosti je potrebné zdôrazniť, že nahradenie spoločnosti AIG nemalo za následok zmeny podmienok zákazky ani podmienok pôvodnej ponuky spoločnosti Marsh, ktoré zakazuje článok 112 ods. 1 rozpočtového nariadenia, a to vzhľadom na to, že spoločnosť Marsh podala svoju ponuku ako jediný uchádzač, ktorý ako taký spĺňa kritériá výberu zákazky, že podmienky jej ponuky (zabezpečenie 100 % poistného krytia a cena) neboli zmenené a že zmluva, ktorú podpísala spolu s poisťovateľmi, je v súlade (a dokonca aj totožná) s návrhom zmluvy uvedeným v súťažných podkladoch.

148 Navyše, je potrebné uviesť, že aj v čase po podpísaní zmluvy a po nadobudnutí jej platnosti, má úspešný uchádzač naďalej povinnosť plniť túto zmluvu v súlade so svojou ponukou a so súťažnými podkladmi. Pokiaľ by došlo k odstúpeniu alebo zlyhaniu niektorého z poisťovateľov, ktorí podpísali zmluvu, úspešný uchádzač by bol povinný navrhnúť Komisii iné riešenie, bez toho aby nejakým spôsobom zmenil svoju ponuku a súťažné podklady. Samotná žalobkyňa poukázala vo svojej ponuke na možnosť nahradiť poisťovateľa, ktorý je členom jej skupiny, pričom uviedla, že „ak dôjde k tomu, že poisťovateľ bude musieť z dôvodov nezávislých od jeho vôle vypovedať poistnú zmluvu, Vanbreda príjme všetky opatrenia na to, aby zabezpečila krytie za pôvodne dohodnutých podmienok“.

149 Pokiaľ ide o argumenty, podľa ktorých Komisia protiprávnym spôsobom zmenila v troch ohľadoch (totožnosť poisťovateľov a ich podiely, povaha ponuky) ponuku podanú spoločnosťou Marsh, Komisia v duplike odkazuje na vyjadrenie k žalobe, pričom uvádza nižšie uvedené spresnenia. Pokiaľ ide o nahradenie jedného z poisťovateľov, toto nahradenie sa žiadnym spôsobom nedotklo podmienok ponuky (zabezpečenie 100 % poistného krytia, záväzok solidárnej zodpovednosti poisťovateľov a cena). Pokiaľ ide o podiely, tie vyplývajú z interných vzťahov medzi poisťovateľmi, ktorí splnomocnili spoločnosť Marsh na plnenie zmluvy, a nie zo zákazky ako takej. Pokiaľ ide o údajnú zmenu ponuky podanej jediným uchádzačom bez záväzku solidárnej zodpovednosti na spoločnú ponuku obsahujúcu záväzok solidárnej zodpovednosti, Komisia odkazuje na svoje stanovisko, ktoré uviedla v súvislosti s neexistenciou takejto zmeny.

150 Podľa článku 112 ods. 1 rozpočtového nariadenia je počas zadávania zákazky kontakt verejného obstarávateľa s uchádzačmi prípustný len za podmienok, ktoré zaručujú transparentnosť a rovnosť zaobchádzania. Nesmie viesť k zmene podmienok zákazky ani podmienok pôvodnej ponuky.

151 Podľa článku 160 vykonávacieho nariadenia, kontakt medzi verejným obstarávateľom a uchádzačmi v priebehu postupu zadávania zákazky sa môže uskutočniť iba výnimočne. Ak sa po otvorení ponúk vyžaduje určité vysvetlenie v súvislosti s ponukou alebo ak sa musia opraviť administratívne chyby v ponuke, verejný obstarávateľ môže nadviazať kontakt s uchádzačom, hoci takýto kontakt nesmie viesť k žiadnej zmene podmienok ponuky.

152 V prejendávanej veci je možné zo skutočností preskúmaných v súvislosti s prvou časťou jediného žalobného dôvodu dospieť k záveru, že kontakty medzi spoločnosťou Marsh a Komisiou po otvorení ponúk sa týkali najmä podmienky solidárnej zodpovednosti, ktorá patrí medzi zásadné podmienky uvedené v súťažných podkladoch.

153 Vyššie uvedené kontakty nasvedčujú tomu, že ponuka, ktorú podala spoločnosť Marsh 25. októbra 2013, vo svojej podstate neobsahovala záväzok solidárnej zodpovednosti, ktorý je stanovený v súťažných podkladoch, a že teda nebolo možné sa domnievať, že cena ponuky podanej spoločnosťou Marsh je stanovená na základoch, ktoré sú v súlade s ustanoveniami, ktorými sa spravuje daná zákazka.

154 Aj napriek tomu, že Komisia mala z tejto skutočnosti okamžite vyvodiť dôsledky a nezadať zákazku spoločnosti Marsh, tým skôr, že v prejednávanej veci mala byť zákazka zadaná ponuke s najnižšou cenou, zadala Komisia zákazku vyššie uvedenej spoločnosti. Po tom, ako jeden z poisťovateľov odmietol prijať záväzok solidárnej zodpovednosti a bol nahradený dvoma novými poisťovateľmi, došlo k novému usporiadaniu podielov a následne aj k uzavretiu poistnej zmluvy medzi Komisiou, na jednej strane, a spoločnosťou Marsh a siedmimi poisťovateľmi, na strane druhej.

155 Na účely odôvodnenia svojho stanoviska Komisia odkazuje na skutočnosť, že v prípade odstúpenia alebo zlyhania niektorého z poisťovateľov, ktorí podpísali zmluvu, je úspešný uchádzač povinný navrhnúť Komisii iné riešenie, bez toho aby nejakým spôsobom zmenil svoju ponuku a súťažné podklady.

156 Stačí konštatovať, že v prejednávanej veci nedošlo k tomu, aby po podpísaní poistnej zmluvy odstúpil alebo zlyhal niektorý z poisťovateľov, čo predstavuje okolnosti, v dôsledku ktorých je úspešný uchádzač na základe zmluvy skutočne povinný nájsť riešenie s cieľom zabezpečiť pokračovanie zmluvných plnení, ale došlo k tomu, že poisťovateľ odstúpil pred podpísaním zmluvy, čo predstavuje okolnosť podliehajúcu pravidlám zadávania verejných zákaziek.

157 Z vyššie uvedeného vyplýva, že kontakty, ktoré boli nadviazané medzi Komisiou a spoločnosťou Marsh, viedli v podstate k zásadnej zmene podmienok pôvodnej ponuky podanej spoločnosťou Marsh, čo je v rozpore s pravidlami, ktorými sa riadi zadávanie verejných zákaziek, a najmä so zásadou rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi.

158 Je teda možné sa domnievať, že žalobný dôvod smerujúci k zrušeniu, posudzovaný v súvislosti so svojou druhou časťou, je tiež dôvodný.

Záver týkajúci sa návrhu na zrušenie

159 Zo všetkých vyššie uvedených úvah vyplýva, že dokonca aj bez potreby vyjadriť sa ku tretej časti žalobného dôvodu založenej na porušení zásady transparentnosti, je vhodné tomuto žalobnému dôvodu vyhovieť, a napadnuté rozhodnutie preto zrušiť.

O návrhu na náhradu škody

160 Žalobkyňa uvádza, že preukázala existenciu niekoľkých prípadov, kedy sa Komisia dopustila protiprávneho konania, pričom každý z týchto prípadov je, alebo prinajmenšom všetky tieto prípady posudzované ako celok, sú takej povahy, že môžu predstavovať dostatočne závažné porušenie práva Únie.

161 Žalobkyňa tvrdí, že škoda, ktorá jej vznikla, spočíva v strate príležitosti získať zákazku a tým aj istoty, že túto zákazku získa, ako aj v strate odporúčaní a morálnej ujme.

162 Žalobkyňa zastáva názor, že vyššie uvedená škoda môže byť vyčíslená *ex aequo et bono* paušálnou sumou vo výške 1 000 000 eur.

163 Je totiž zjavné, že pokiaľ by nedošlo k protiprávnemu konaniu, ktorého sa Komisia dopustila pri zadávaní zákazky, zadávacie konanie mohlo byť ukončené iným výsledkom. Pokiaľ by Komisia zamietla ponuku spoločnosti Marsh, zákazka by bola zadaná žalobkyni, pretože bola jediným ďalším podnikom, ktorý sa o túto zákazku uchádzal a podala ponuku, ktorá bola v súlade so súťažnými podkladmi.

164 Navyše, nie je možné namietať, že zákazka, ktorej predmetom sú zmluvy týkajúce sa poistenia proti požiaru a poistenia rizík súvisiacich s fondom budov a ich obsahom, a to pre všetky dotknuté európske orgány, je pre podobné zadávacie konania veľmi významným odporúčaním. Popri takýchto

odporúčaniach majú v štádiu technického výberu v budúcich zadávacích konaniach zásadný význam tiež osvedčenia o uspokojivom vykonaní. Takéto osvedčenia sa nakoniec vyžadovali aj v prejednávanom zadávacom konaní. Vzhľadom na to, že zákazka nebola žalobkyni zadaná, teda žalobkyňa zjavne stratila príležitosť získať osvedčenie o uspokojivom vykonaní v súvislosti s touto zákazkou, ktorá sa týka niekoľkých európskych orgánov.

165 Nakoniec, skutočnosť, že Komisia nevybrala ponuku žalobkyne, aj napriek tomu, že v rámci daného konania predstavovala jedinú riadne podanú ponuku, je v rozpore s legitímnym očakávaním žalobkyne týkajúcim sa získania zákazky, a spôsobila tým žalobkyni morálnu ujmu.

166 V replike žalobkyňa uvádza, že jej záujmom je predovšetkým plnenie zmluvy. Náhradu zodpovedajúcej škody bude v celom rozsahu požadovať iba v prípade, že sa jej až do vydania rozsudku Všeobecného súdu nepodarí toto plnenie vymôcť.

167 Žalobkyňa tvrdí, že pochybenie, ktorého sa dopustila Komisia, už dostatočne preukázala. Škoda, ktorá jej vznikla, je skutočná a určitá. Zákonom stanovená možnosť odstúpiť od zadávacieho konania a zúčastniť sa iného konania bola s ohľadom na okolnosti prejednávanej veci, čisto hypotetická. To, že žalobkyňa zákazku získa bolo takmer isté. Z čisto finančného hľadiska predstavovala hodnota tejto zmluvy, uzavretej na dobu štyroch rokov, 3 742 000 eur. Žalobkyňa tvrdí, že strata odporúčaní a dobrého mena jej spôsobila morálnu ujmu. Podľa oznámenia žalobkyne by táto ujma mohla byť vyčíslená na 1 000 000 eur.

168 Komisia popiera, že sa dopustila akéhokoľvek protiprávneho konania. Podporne uvádza, že sa nedopustila žiadneho závažného a zjavného porušenia, ktorým by prekročila hranice svojej diskrečnej právomoci. Zo skutočností prejednávanej veci naopak jasne vyplýva, že v dobrej viere a starostlivo prijala všetky opatrenia, aby zaručila, že dané zadávacie konanie bude v súlade so všetkými relevantnými predpismi, a tiež aby si overila, že prijaté ponuky sú v súlade so súťažnými podkladmi, a ubezpečila sa o tom, že nová poistná zmluva nadobudne platnosť včas, aby bolo zabezpečené 100 % poistné krytie verejného obstarávateľa.

169 Pokiaľ ide o škodu, žalobkyňa veľmi stručne spomenula náhradu troch rôznych škôd, ktoré jej podľa jej tvrdení vznikli. Nepreukázala však, že tieto škody sú skutočné a určité.

170 Po prvé, pokiaľ ide o stratu príležitosti získať zákazku, o takejto strate nie je možné vôbec hovoriť, vzhľadom na to, že ponuka, ktorú žalobkyňa podala, neponúkala najnižšiu cenu a že Komisia nemala žiadny dôvod na to, aby vylúčila ponuku spoločnosti Marsh alebo aby ju považovala za neprípustnú.

171 Po druhé, pokiaľ ide o stratu odporúčaní, nejde o skutočnú a určitú škodu. Po prvé preto, že nezískanie nového odporúčania nemôže samé o sebe zmeniť schopnosť žalobkyne zúčastniť sa podobných zadávacích konaní v budúcnosti. Po druhé preto, že táto škoda je len hypotetická: žalobkyňa nemôže tvrdiť, že mohla určite získať osvedčenie o uspokojivom vykonaní zmluvy, pretože získanie takéhoto osvedčenia vyplýva z konkrétneho plnenia zmluvy a nemôže byť zaručené vopred.

172 Po tretie, žalobkyňa neurčila žiadnu morálnu ujmu, pretože len uviedla, že nezískanie zákazky je v rozpore s jej „legitímnym očakávaním“. Verejný obstarávateľ nedal v žiadnom okamihu dôvod na to, aby žalobkyňa nadobudla legitímne očakávanie týkajúce sa získania zákazky.

173 Komisia v duplike uvádza, že žalobkyňa dosiahla prerušenie výkonu zmluvy a začatie rokovacieho konania, po ukončení ktorého uzavrela spoločnú zmluvu na dobu najviac 18 mesiacov od 17. februára 2015. Tieto skutočnosti by mali byť pri vyčíslení škody zohľadnené.

174 Údajná škoda teda nemôže byť ani skutočná, ani určitá a ani vlastná. Nakoniec, pokiaľ by sa súťažné podklady vykladali reštriktívne alebo pokiaľ by sa mala ponuka podaná spoločnosťou Marsh považovať za spoločnú ponuku, potom by sa ponuka podaná žalobkyňou nemohla považovať za platnú.

175 Komisia mala, okrem toho, možnosť od sporného zadávacieho konania odstúpiť.

176 Komisia spochybňuje tiež výšku údajnej škody. Ušlý zisk, ktorého sa žalobkyňa domáha, nezodpovedá situácii samotného sprostredkovateľa, ktorý koná na vlastný účet.

177 Pokiaľ ide o morálnu ujmu vyplývajúcu z údajne osobitnej povahy danej zákazky, Komisia túto osobitnú povahu popiera.

178 V zmysle článku 340 druhého odseku ZFEÚ týkajúceho sa mimozmluvnej zodpovednosti Únia v súlade so všeobecnými zásadami spoločnými pre právne poriadky členských štátov napraví akékoľvek škody spôsobené vlastnými orgánmi alebo pracovníkmi pri výkone ich funkcií.

179 Podľa ustálenej judikatúry vznik mimozmluvnej zodpovednosti Únie v zmysle článku 340 druhého odseku ZFEÚ za nezákonné konanie jej orgánov je podriadený splneniu súboru podmienok, a to nezákonnosti konania vytýkaného inštitúciám, existencie škody a existencie príčinnej súvislosti medzi namietaným konaním a uvádzanou škodou (rozsudky z 29. septembra 1982, Oleifici Mediterranei/CEE, 26/81, Zb., EU:C:1982:318, bod 16; z 9. septembra 2008, FIAMM a i./Rada a Komisia, C-120-06P a C-121/06P, Zb., EU:C:2008:476, body 106 a 164 až 166; z 9. septembra 2010, Evropaïki Dynamiki/Komisia, T-300/07, Zb., EU:T:2010:372, bod 137, a zo 16. októbra 2014, Evropaïki Dynamiki/Komisia, T-297/12, EU:T:2014:888, bod 28). Pokiaľ ide o podmienku protiprávnosti správania vytýkaného inštitúcii, judikatúra vyžaduje, aby bolo preukázané dostatočne závažné porušenie právnej normy priznávajúcej práva jednotlivcom. Rozhodujúcim kritériom na prijatie záveru, že porušenie je dostatočne závažné, je skutočnosť, že inštitúcia alebo orgán Únie zjavne a závažne nedodržali mieru stanovenú na ich voľnú úvahu (pozri v tomto zmysle, rozsudky zo 4. júla 2000, Bergaderm a Goupil/Komisia, C-352/98 P, Zb., EU:C:2000:361, body 42 až 44; z 10. decembra 2002, Komisia/Camar a Tico, C-312/00 P, Zb., EU:C:2002:736, bod 54; AFCon Management Consultants a i./Komisia, už citovaný v bode 65 vyššie, EU:T:2005:107, bod 93, a Evropaïki Dynamiki/Komisia, už citovaný, EU:T:2014:888, bod 29).

180 Pokiaľ ide o podmienku vzniku zodpovednosti, ktorá sa týka protiprávnosti konania, je potrebné uviesť, že bolo predovšetkým konštatované, že Komisia porušila zásadu rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi. Tým, že Komisia porušila zásadu rovnosti zaobchádzania, ktorej dodržiavanie je základnou podmienkou legality verejných zadávacích konaní, porušila právne pravidlo, ktoré priznáva práva jednotlivcom (v tomto zmysle pozri rozsudky AFCon Management Consultants a i./Komisia, už citovaný v bode 65 vyššie, EU:T:2005:107, bod 91, a z 2. marca 2010, Arcelor/Parlament a Rada, T-16/04, Zb., EU:T:2010:54, bod 134).

181 Je vhodné uviesť, že v prejednávanej veci ide o dostatočne závažné porušenie. Pokiaľ totiž Komisia viedla verejné zadávacie konanie so spoločnosťou Marsh spôsobom, ktorý bol opísaný najmä v bodoch 102 až 128 a 151 až 156 vyššie, znamená to, že zjavne a závažne nerešpektovala obmedzenia, ktoré sú stanovené vo vzťahu k jej diskrečnej právomoci.

182 Pokiaľ ide o podmienky vzniku zodpovednosti, ktoré sa týkajú existencie škody a existencie príčinnej súvislosti medzi protiprávnym konaním a škodou, Komisia konkrétne v súvislosti s otázkou príčinnej súvislosti uvádza, že ak by sa súťažné podklady vykladali reštriktívne alebo ak by sa ponuka podaná spoločnosťou Marsh mala považovať za spoločnú ponuku, potom by sa ponuka podaná žalobkyňou nemohla považovať za platnú.

183 Tento argument obsahuje dva aspekty.

184 Po prvé, prostredníctvom tohto argumentu Komisia tvrdí, že nereštriktívny výklad súťažných podkladov, ktorý sama presadzuje a podľa ktorého by sa ponuka podaná sprostredkovateľom konajúcim ako jediný uchádzač považovala za prípustnú, žalobkyňu zvýhodňuje, pretože, pokiaľ by tento nereštriktívny výklad nebol uplatnený, jej ponuku by údajne nebolo možné považovať za platnú.

Podľa Komisie to znamená, že ak by sa súťažné podklady vykladali reštriktívne, tak ako to navrhuje žalobkyňa, jej ponuka by bola v každom prípade vylúčená. Nemôže preto existovať žiadna príčinná súvislosť medzi protiprávnym konaním Komisie a zamietnutím ponuky podanej žalobkyňou, pretože toto konanie bolo v skutočnosti v záujme žalobkyne.

185 Toto tvrdenie je nutné zamietnuť.

186 Hoci totiž ponuky a štruktúra zadávacieho konania vylučovali, aby podal ponuku sprostredkovateľ konajúci ako jediný uchádzač (ako to bolo konštatované v rámci preskúmania prvej časti jediného žalobného dôvodu smerujúceho ku zrušeniu), v žiadnom prípade nebránili tomu, aby spoločnú ponuku podala skupina, ktorú tvorí sprostredkovateľ a jediný poisťovateľ.

187 Je možné si iste predstaviť, že osobitne v súvislosti s krytím rozsiahlych rizík, k čomu došlo aj v prejednávanej veci, by spoločná ponuka mohla byť zaujímavejšia skôr pre niekoľkých poisťovateľov, ktorí by spojili svoje sily a využili pritom sprostredkovateľa, ako pre jediného poisťovateľa zastúpeného sprostredkovateľom. Táto okolnosť by mohla vysvetľovať časté používanie množného čísla („poisťovatelia“) v podkladoch týkajúcich sa zadávacieho konania, avšak nemôže byť dôvodom na to, aby bola vylúčená možnosť, aby ponuku podala skupina, ktorú tvorí sprostredkovateľ a jediný poisťovateľ.

188 Podanie ponuky takouto skupinou nie je, okrem toho, v rozpore so štruktúrou systému zavedeného daným zadávacím konaní. Je totiž jasné, že v prípade spoločnej ponuky, bez ohľadu na to, či ju podal jeden poisťovateľ alebo niekoľko poisťovateľov zastúpených sprostredkovateľom, sa informácie, ktoré majú byť poskytnuté v rámci zadávacieho konania, týkajú každého člena skupiny, čo sa v značnom rozsahu líši od ponuky, ktorú podal sprostredkovateľ ako jediný uchádzač.

189 Okrem toho je vhodné pripomenúť, že takýto výklad súťažných podkladov, ktorý by vylučoval podanie spoločnej ponuky skupinou, ktorú tvorí jeden poisťovateľ zastúpený sprostredkovateľom a súčasne by pripúšťal podanie ponuky poisťovateľom konajúcim ako jediný uchádzač či podanie spoločnej ponuky skupinou, ktorú tvoria dvaja poisťovatelia zastúpení sprostredkovateľom, by bol pri neexistencii akéhokoľvek objektívneho odôvodnenia v rozpore so zásadou rovnosti zaobchádzania.

190 Komisia v duplike vysvetľuje, že v čase, kedy súťažné podklady pripravovala, predpokladala, že bude prijímať ponuky podávané jediným poisťovateľom alebo niekoľkými poisťovateľmi konajúcimi v rámci konzorcia a prípadne zastúpenými hlavným poisťovateľom alebo sprostredkovateľom. Neodôvodňuje však, a o to menej presvedčivo, akým spôsobom by sa mohlo podanie spoločnej ponuky poisťovateľom a sprostredkovateľom rozchádzať s ustanoveniami zadávacieho konania.

191 Nakoniec, pre úplnosť je vhodné uviesť, že v článku 5.1 tretí pododsek technických špecifikácií, ktorý sa zaoberá podpísaním poistnej zmluvy, sa v súvislosti so spoločnými ponukami uvádza nasledujúce: „Pokiaľ podá ponuku niekoľko poisťovateľov, ktorí pôsobia nerozdielne v rámci konzorcia a ktorí sú zastupovaní sprostredkovateľom, v prípade zadania zákazky podpíšu zmluvu všetci poisťovatelia spoločne so sprostredkovateľom“. Toto ustanovenie ďalej pokračuje v tom zmysle, že „za takéhoto predpokladu sa poisťovateľ alebo poisťovatelia zaviažu k tomu, že verejný obstarávateľ bude po celý čas platnosti zmluvy a nepretržite v plnom rozsahu poistený (100 % poistné krytie)“ a že „sprostredkovateľ bude priamo odmeňovaný poisťovateľom alebo poisťovateľmi“. V technických špecifikáciách je nakoniec „zmluvná strana“ definovaná ako „poisťovňa, s ktorou je podpísaná zmluva a ktorá je na tento účel za osobitných podmienok menovaná“.

192 Vyššie uvedené prípady, v ktorých bolo použité jednotné číslo („poisťovateľ alebo poisťovatelia“, „poisťovacia spoločnosť“), potvrdzujú úvahy uvedené v bodoch 185 až 189 vyššie, ktorými sa preukázalo, že v rámci zadávacieho konania nebolo vylúčené podanie spoločnej ponuky skupinou, ktorú tvorí sprostredkovateľ a jediný poisťovateľ.

193 Po druhé, z argumentov uvedených v bode 182 vyššie vyplýva, že pokiaľ by sa ponuka podaná spoločnosťou Marsh mala považovať za spoločnú ponuku, ponuka podaná žalobkyňou by sa nemohla považovať za platnú, pretože v obidvoch týchto ponukách bol súčasne zastúpený jeden a ten istý poisťovateľ (AIG).

194 Bez ohľadu na to, že nebolo preukázané, že situácia, ktorú načrtla Komisia, by za okolností prejednávanej veci predstavovala automatické vylúčenie (v tomto zmysle a *par analogie* pozri rozsudky z 19. mája 2009, Assitur, C-538/07, Zb., EU:C:2009:317, bod 30; z 23. decembra 2009, Serrantoni a Consorzio stabile edili, C-376/08, Zb., EU:C:2009:808, body 38 až 42 a 46 a výroková časť, a z 13. decembra 2012, Forposta a ABC Direct Contact, C-465/11, Zb., EU:C:2012:801, bod 14), je potrebné konštatovať, že táto hypotéza nezodpovedá skutočnosti. Ponuka spoločnosti Marsh nie je totiž spoločnou ponukou, ale ponukou podanou poisťovateľom sprostredkovateľom konajúcim ako jediný uchádzač, čo je v rozpore so súťažnými podkladmi, takže ju Komisia vzhľadom na túto skutočnosť a z dôvodov, na ktoré bolo poukázané v rámci preskúmania prvej časti žalobného dôvodu smerujúceho k zrušeniu, mala vyhlásiť za neplatnú. Tvrdenie Komisie musí byť teda zamietnuté.

195 Okrem vyššie uvedeného, Komisia navyše tvrdí, že údajné škody nie sú skutočné ani určité a že nie sú žalobkyni vlastné, a podporne tvrdí, že by sa malo zohľadniť to, že bol prerušený výkon zmluvy uzavretej so spoločnosťou Marsh a že bola so žalobkyňou uzavretá náhradná zmluva.

196 Po prvé, pokiaľ ide o údajné straty príležitosti pre získanie zákazky, je nutné uviesť, že ponuka žalobkyne bola Komisiou vyhlásená za prípustnú; že bola jedinou ponukou popri ponuke podanej spoločnosťou Marsh a že bola vylúčená v prospech ponuky podanej spoločnosťou Marsh z dôvodu, že táto neskôr menovaná ponuku obsahovala najnižšiu cenu.

197 Z vyššie uvedeného vyplýva, že pokiaľ by bola ponuka podaná spoločnosťou Marsh vyhlásená za neprípustnú preto, že ju v rozpore s požiadavkami kladenými v rámci zadávacieho konania podal sprostredkovateľ konajúci ako jediný uchádzač, alebo pokiaľ by bola táto ponuka vyhlásená za neprípustnú preto, že neobsahovala záväzok solidárnej zodpovednosti navrhnutých poisťovateľov, príležitosť žalobkyne získať zákazku by bola značne vysoká.

198 Komisia tieto skutočnosti vážne nepoprela. Obmedzila sa len na to, že znovu zopakovala, že sa nedopustila žiadneho protiprávneho konania; že využila argumenty, ktoré už boli odmietnuté v bodoch 184 až 194 vyššie, a že pripomenula, že bola v každom prípade oprávnená zo sporného zadávacieho konania odstúpiť a začať nové konanie, takže žalobkyňa si nemohla byť istá tým, že spornú zákazku získa.

199 Pokiaľ ide o posledne uvedený bod, je potrebné uviesť, že hoci môže verejný obstarávateľ až do podpisu zmluvy upustiť od zadania verejnej zákazky alebo zrušiť zadávacie konania, bez toho aby záujemcovia alebo uchádzači mali nárok na akékoľvek odškodné (článok 114 rozpočtového nariadenia), nemení to nič na tom, že vyššie uvedená situácia týkajúca sa upustenia od zadania zákazky alebo zrušenia zadávacieho konania nenastala a že bez ohľadu na protiprávne konanie, ktorého sa dopustila Komisia, mala žalobkyňa za okolností prejednávanej veci značne vysokú príležitosť získať zákazku.

200 Vzhľadom na všetky okolnosti prejednávanej veci sa teda zdá, že ak odhliadneme od protiprávnosti konania, ktorého sa dopustila Komisia, je možné odhadovať, že príležitosť získať zákazku bola 90 %.

201 Žalobkyňa vo svojej žalobe uvádza, že celková výška škody, s prihliadnutím na stratu príležitosti, stratu odporúčaní a morálnu ujmu, môže byť *ex aequo et bono* odhadovaná na sumu 1 000 000 eur.

202 Žalobkyňa nepredložila žiadny rozpis tejto sumy podľa troch údajných druhov škody a namiesto toho uvádza, ako referenčnú hodnotu, hodnotu ušlej zmluvy, ktorá predstavuje 3 742 300 eur, pričom vysvetľuje, že táto hodnota zodpovedá ročnej cene uvedenej v ponuke (935 574 eur/rok) násobenej štyrmi rokmi trvania zmluvy. Závažnosť vzniknutej morálnej ujmy žalobkyňa uvádza v pomere k hodnote („niekoľko miliónov“) a dĺžke trvania (štyri roky) danej zmluvy.

203 Komisia vychádza z predpokladu, že požadovaná suma bola vypočítaná na základe ročnej hodnoty zákazky, pričom uvádza, že táto suma, ktorá sa približuje k spomínanej ročnej hodnote, nevyhnutne zahŕňa aj odmenu, ktorá mala byť poskytnutá spoločnosti AIG, takže odmene, ktorá mala byť poskytnutá žalobkyni, zodpovedá len čiastočne. Komisia teda túto sumu spochybňuje a tvrdí pritom, že v prejednávanej veci koná žalobkyňa len vo svojom mene a že sa teda môže domáhať len náhrady škody, ktorá vznikla jej samotnej.

204 Navyše, Komisia spochybňuje škodu vyplývajúcu zo straty odporúčaní. Komisia zastáva názor, že nezískanie nového odporúčania nemôže samé o sebe zmeniť schopnosť žalobkyne zúčastniť sa podobných zadávacích konaní v budúcnosti. Pokiaľ ide o osvedčenie o uspokojivom vykonaní zmluvy, takéto osvedčenie vyplýva vo svojej podstate z riadneho plnenia zmluvy. Pokiaľ ide o údajnú morálnu ujmu, nejde o skutočnú ani určitú ujmu.

205 Je potrebné v prvom rade uviesť, že predpoklad, o ktorý Komisia opiera svoju prvú námietku uvedenú v bode 203 vyššie, je v rozpore so skutočnosťou vyplývajúcou zo spisu predloženého Všeobecnému súdu. Zo spisu žalobkyne totiž vyplýva, že požadovaná suma nebola vypočítaná na základe ročnej hodnoty zákazky, ale na základe celkovej hodnoty zákazky za obdobie štyroch rokov. Tento záver je možné jednoznačne odvodiť z toho, že žalobkyňa požadovanú sumu spája s posledne uvedenou hodnotou, ako aj z toho, že vo svojich odkazoch na danú zákazku spomína jej štvorročné trvanie a jej hodnotu niekoľkých miliónov eur (pozri bod 202 vyššie).

206 Vzhľadom na vyššie uvedené okolnosti, ako aj na to, že táto požadovaná suma zodpovedá o niečo viac než štvrtine hodnoty zákazky počas jej štvorročného trvania a že sa žalobkyňa nakoniec domáha straty takmer istej príležitosti získať zákazku, je teda logické, že táto požadovaná suma môže zodpovedať len tej škode, o ktorej táto účastníčka konania tvrdí, že ju utrpela ona sama. V opačnom prípade by žalobkyňa, ktorá zastáva názor, že stratila takmer istú príležitosť získať zákazku, logicky požadovala pre seba a pre poisťovateľov oveľa vyššiu výšku náhrady škody, odvodenú z hodnoty zákazky za obdobie štyroch rokov.

207 Pokiaľ ide o otázku, či žalobkyňa konala správne, keď vypočítala výšku svojej škody na základe štvorročného trvania zákazky, je nutné pripomenúť, že v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania bolo uvedené, že zákazka má trvať 48 mesiacov. V tom istom zmysle bolo stanovené, že ďalšie oznámenie o vyhlásení zadávacieho konania bude zverejnené až po uplynutí 36 mesiacov od zadania zákazky. V návrhu zmluvy na poskytovanie služieb, ktorý je súčasťou prílohy výzvy na predloženie ponúk, je uvedené, že „táto zmluva sa uzatvára na dobu 12 mesiacov“ (článok I.2.3 návrhu zmluvy) a že ju je „možné mlčky obnoviť najviac tri krát, a to vždy na dobu plnenia zodpovedajúcu 12 mesiacom…, iba ak by verejný obstarávateľ oznámil zmluvnej strane, že má v úmysle zmluvu neobnoviť a to 6 mesiacov pred dokončením úloh vyplývajúcich z predchádzajúceho obdobia“. Návrh zmluvy uvádza tiež revíziu ceny a ročné poplatky, pričom odkazuje na „prvý rok plnenia zmluvy“, „druhý rok plnenia zmluvy“ a „každý rok plnenia zmluvy“ (článok I.3.2 návrhu zmluvy). To isté je stanovené aj v technických špecifikáciách (pozri bod 9.2 technických špecifikácií).

208 Zo spojeného výkladu uvedených ustanovení vyplýva, že žalobkyňa konala správne, keď vo svojej žalobe opierala svoj návrh na náhradu škody o celkovú dobu trvania zákazky, pričom išlo o zákazku na obdobie štyroch rokov, ktorá obsahovala najviac jednu možnosť neobnovenia na jeden rok a ktorá bola otvorená jedinému verejnému obstarávateľovi, a to za určitých prísne stanovených procesných podmienok. Pri určení výšky náhrady škody je teda nutné zohľadniť tiež túto možnosť neobnovenia na jeden rok.

209 Je potrebné uviesť, že zo spisu predloženého žalobkyňou nevyplýva, že by žalobkyňa pri príprave svojho návrhu na náhradu škody zohľadnila náklady na plnenie zmluvy, ktoré by musela vynaložiť, pokiaľ by zákazku získala. Na základe skutočností vyplývajúcich zo spisu však nie je možné výšku týchto nákladov určiť. Zo znenia žaloby je však možné dospieť k záveru, že žalobkyňa požaduje len náhradu svojej vlastnej škody, pričom však spis neobsahuje žiadne skutočnosti, na základe ktorých by bolo možné zistiť, aký podiel z celkovej hodnoty zákazky by žalobkyni pripadol.

210 Navyše, je potrebné uviesť, že žalobkyňa síce prišla v roku 2014 o príležitosť získať zákazku na dobu štyroch rokov, dňa 17. februára 2015, teda približne jedenásť mesiacov a dva týždne potom, čo nadobudla platnosť sporná zmluva, získala však zákazku v oblasti poisťovníctva, ktorá bola predmetom rokovacieho konania začatého Komisiou po vydaní uznesenia vo veci Vanbreda Risk & Benefits/Komisia, už citovaného v bode 33 vyššie (EU:T:2014:1024). Ďalej je potrebné uviesť, čo robí aj žalobkyňa, že táto posledná uvedená zmluva bola uzavretá na dobu najviac 18 mesiacov, teda do 17. augusta 2016, zatiaľ čo platnosť zmluvy o ktorú ide v prejednávanej veci by za obvyklých podmienok skončila v marci 2018.

211 Aj tieto okolnosti môžu mať dopad na výšku škody, ktorá žalobkyni vznikla, pričom aj samotná žalobkyňa vo svojom spise uvádza, že úplnú náhradu zodpovedajúcej škody bude požadovať len v prípade, že sa jej nepodarí tohto plnenia domôcť, pričom v prípade omeškania tohto plnenia bude výška škody vyčíslená na základe spomínaného omeškania.

212 Z vyššie uvedeného vyplýva, že existencia nahraditeľnej škody bola síce v súvislosti so stratou príležitosti získať zákazku v podstate dostatočne preukázaná, za súčasného stavu však nie je možné výšku tejto škody určiť tak presne, aby sa Všeobecný súd mohol vyjadriť k základnej výške, ktorú žalobkyňa požaduje, alebo určiť inú výšku tejto sumy.

213 Po druhé, pokiaľ ide o stratu odporúčania, ktorá podľa žalobkyne zahrňuje aj stratu osvedčenia o uspokojivom vykonaní, predovšetkým je vhodné odmietnuť tento posledne menovaný druh škody v tom rozsahu, v akom sa týka spomínaných osvedčení. Vydanie takýchto dokumentov totiž nezávisí od zadania zákazky, ale na budúcej a hypotetickej skutočnosti spočívajúcej v riadnom plnení tejto zákazky.

214 Naopak, pokiaľ ide o samotné odporúčania vyplývajúce zo zadania zákazky, ktoré by pre žalobkyňu vyplývalo *de facto* zo získania zákazky, nie je možné poprieť to, že v rovnakom rozsahu, v akom žalobkyňa stratila príležitosť získať zákazku, stratila aj príležitosť získať tieto odporúčania. Ani v tomto prípade však nemá Všeobecný súd k dispozícii toľko informácií, aby mohol rozlíšiť, aký podiel zo sumy, ktorú žalobkyňa žiada, pripadá na stratu príležitosti získať zákazku a aký na stratu príležitosti získať odporúčanie.

215 Po tretie, pokiaľ ide o morálnu ujmu vyplývajúcu zo skutočnosti, že Komisia zadala zákazku tretej osobe, čím porušila legitímne očakávanie žalobkyne, ktorá podala jedinú zákonnú ponuku, Komisia tvrdí, že žalobkyni stačí to, aby sa dovolávala protiprávneho konania zo strany Komisie, a že nemala žiadne legitímne očakávania týkajúce sa získania zákazky. Žalobkyňa v replike na túto posledne menovanú úvahu neodpovedá, ale svoju morálnu ujmu prirovnáva ku strate odporúčaní a dobrého mena.

216 Je potrebné uviesť, že Komisia nikdy nedala žalobkyni dôvod legitímneho očakávania týkajúci sa získania zákazky. Pokiaľ ide o morálnu ujmu vyplývajúcu z protiprávnej povahy napadnutého rozhodnutia, z ustálenej judikatúry vyplýva, že takáto ujma je v zásade dostatočne napravená tým, že túto protiprávnu povahu konštatoval súd (v tomto zmysle pozri rozsudok zo 6. júna 2006, Girardot/Komisia, T-10/02, Zb. VS, EU:T:2006:148, bod 131). Pokiaľ ide o údajnú morálnu ujmu vyplývajúcu zo straty odporúčaní a dobrého mena, táto morálna ujma sa čiastočne prekrýva so stratou odporúčaní, ktorá bola preskúmaná vyššie, a v súvislosti so stratou dobrého mena ju nie je možné považovať za skutočnú a určitú.

217 Vzhľadom na vyššie uvedené úvahy, z ktorých vyplýva, že Všeobecný súd síce môže určiť niektoré body týkajúce sa návrhu na náhradu škody, nemá však k dispozícii toľko informácii, aby mohol potvrdiť požadovanú výšku sumy alebo aby sám vyčíslil výšku škody, ktorá vznikla, je vhodné prijať návrh žalobkyne smerujúci k náhrade škody v tom rozsahu, v akom sa týka náhrady za stratu príležitosti získať spornú zákazku a získať odporúčania vyplývajúce zo získania tejto zákazky, a vo zvyšnej časti tento návrh zamietnuť. Pokiaľ ide o výšku náhrady škody z dôvodu straty príležitosti, je potrebné účastníčky konania vyzvať, aby sa s výhradou neskoršieho rozhodnutia Všeobecného súdu dohodli na výške týchto súm v zmysle odôvodnenia tohto rozsudku a aby mu v lehote šiestich mesiacov od dátumu vyhlásenia tohto rozsudku oznámili spoločne dohodnutú výšku, ktorá sa má zaplatiť alebo v prípade, že k dohode nedôjde, aby mu v rovnakej lehote predložili svoje vyčíslené návrhy, vrátane odôvodnení nevyhnutných na to, aby mohol Všeobecný súd posúdiť ich opodstatnenosť.

O trovách

218 O trovách konania sa rozhodne neskôr.

Z týchto dôvodov

VŠEOBECNÝ SÚD (šiesta komora)

rozhodol a vyhlásil:

1. **Rozhodnutie z 30. januára 2014, ktorým Komisia odmietla ponuku predloženú spoločnosťou Vanbreda Risk & Benefits pre položku 1 v rámci výzvy na predloženie ponúk OIB.DR.2/PO/2013/062/591, týkajúcu sa poistenia majetku a osôb (Ú. v. EÚ 2013/S 155-269617), a zadala túto položku inej spoločnosti, sa zrušuje.**

2. **Európska únia je povinná nahradiť škodu, ktorá vznikla spoločnosti Vanbreda Risk & Benefits v dôsledku straty príležitosti získať vyššie uvedenú zákazku a získať odporúčania vyplývajúce zo zadania tejto zákazky.**

3. **Vo zvyšnej časti sa návrh na náhradu škody zamieta.**

4. **Účastníčky konania oznámia Všeobecnému súdu v lehote šiestich mesiacov od dátumu vyhlásenia tohto rozsudku spoločne dohodnutú výšku náhrady tejto škody.**

5. **V prípade, že k dohode nedôjde, účastníčky konania zašlú Všeobecnému súdu v rovnakej lehote svoje vyčíslené návrhy.**

6. **O trovách konania sa rozhodne neskôr.**

Frimodt Nielsen Dehousse Collins

Rozsudok bol vyhlásený na verejnom pojednávaní v Luxemburgu 29. októbra 2015.

Podpisy

Obsah

Okolnosti predchádzajúce sporu 1

Konanie a vývoj prípadu v priebehu konania 4

Právny stav 6

O návrhu na zrušenie 6

O prvej časti žalobného dôvodu, založenej na porušení zásady rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi, článku 111 ods. 5 a článku 113 ods. 1 rozpočtového nariadenia, článku 146 ods. 1 a 2, článku 149 ods. 1 a článku 158 ods. 1 a 3 vykonávacieho nariadenia, ako aj súťažných podkladov 6

– O prípustnosti niektorých tvrdení uvádzaných v replike 8

– O protiprávnosti účasti spoločnosti Marsh v zadávacom konaní ako jediného uchádzača – sprostredkovateľa 9

– O porušení zásady rovnosti zaobchádzania vyplývajúcom z výmeny korešpondencie medzi Komisiou a spoločnosťou Marsh v čase po otvorení ponúk 14

O druhej časti žalobného dôvodu, založenej na porušení zásady rovnosti zaobchádzania z toho dôvodu, že spoločnosť Marsh zmenila svoju ponuku po otvorení ponúk 20

Záver týkajúci sa návrhu na zrušenie 23

O návrhu na náhradu škody 23

O trovách 30