Zbirka odločb sodne prakse

SODBA SPLOŠNEGA SODIŠČA (šesti senat)

z dne 29. oktobra 2015*

„Javna naročila storitev — Postopek javnega razpisa — Opravljanje storitev zavarovanja premoženja in oseb — Zavrnitev ponudbe ponudnika — Oddaja naročila drugemu ponudniku — Enako obravnavanje — Dovolj resna kršitev pravnega pravila, s katerim so posameznikom podeljene pravice — Nepogodbena odgovornost — Izguba možnosti — Vmesna sodba“

V zadevi T-199/14,

Vanbreda Risk & Benefits, s sedežem v Antwerpnu (Belgija), ki sta jo sprva zastopala P. Teerlinck in P. de Bandt, nato pa P. Teerlinck, P. de Bandt in M. Gherghinaru, odvetniki,

tožeča stranka,

proti

Evropski komisiji, ki jo zastopata S. Delaude in L. Cappelletti, agenta,

tožena stranka,

zaradi, prvič, predloga za razglasitev ničnosti sklepa z dne 30. januarja 2014, s katerim je Komisija zavrnila ponudbo, ki jo je tožeča stranka oddala za sklop št. 1 v okviru javnega razpisa OIB.DR.2/PO/2013/062/591 v zvezi z zavarovanjem premoženja in oseb (UL 2013/S 155-269617), in ta sklop oddala drugi družbi, ter, drugič, odškodninskega zahtevka,

SPLOŠNO SODIŠČE (šesti senat),

v sestavi S. Frimodt Nielsen, predsednik, F. Dehousse (poročevalec) in A. M. Collins, sodnika,

sodni tajnik: S. Bukšek-Tomac, administratorka,

na podlagi obravnave z dne 3. junija 2015

izreka naslednjo

* Jezik postopka: francoščina.

Sodbo

Dejansko stanje

1 Evropska komisija je 10. avgusta 2013 v Dopolnilu k Uradnem listu Evropske unije (UL 2013, S 155-269617) objavila javni razpis z referenčno številko OIB.DR.2/PO/2013/062/591 v zvezi z naročilom zavarovanja premoženja in oseb, razdeljenim na štiri sklope.

2 Sklop št. 1, ki je edini predmet te tožbe, je obsegal kritje zavarovanj – od 1. marca 2014 – nepremičnin in njihove vsebine v imenu Komisije in različnih drugih institucij in organov Evropske unije.

3 Razpisna dokumentacija je v zvezi s sklopom št. 1 poleg razpisa za oddajo javnega naročila vsebovala še razpisne zahteve, sestavljene iz povabila k oddaji ponudbe, kateremu so bili priloženi tehnične specifikacije (Priloga 1), seznam stavb (Priloga I.1), statistični podatki o škodi (Priloga I.2), finančna ponudba (Priloga II), osnutek pogodbe o opravljanju storitev (Priloga III) in „Vprašalnik ‚Identifikacija – Izključitev – Izbor'" (Priloga IV) (v nadaljevanju: vprašalnik III).

4 V javnem razpisu je bilo natančneje navedeno, da gre za odprt postopek oddaje naročila ponudniku, ki bo oddal ponudbo z najnižjo ceno med sprejemljivimi in ponudbami, ki izpolnjujejo pogoje za udeležbo (člen 3.4.3 povabila k oddaji ponudbe; točka 12 tehničnih specifikacij).

5 Vprašanje solidarne odgovornosti, če bo pri izvajanju naročila sodelovalo več zavarovalnic, je bilo opredeljeno tako.

6 V razpisu za oddajo javnega naročila je bilo za primer oddaje naročila skupini gospodarskih subjektov določeno, da morajo vsi člani te skupine biti „solidarno odgovorni za izvajanje naročila" (točka III.1.3 razpisa za oddajo javnega naročila).

7 Člen 5.1 tehničnih specifikacij je določal:

„Če ponudbo odda več solidarno odgovornih zavarovalnic, ki delujejo kot konzorcij, ali več zavarovalnic, ki delujejo kot konzorcij in jih zastopa solidarno odgovorna vodilna zavarovalnica, pogodbo v primeru oddaje naročila podpiše vsaka zavarovalnica. V tem primeru ponudnik zagotavlja, da bo naročnik v celoti zavarovan (100-odstotno kritje) brez prekinitve med celotnim trajanjem pogodbe […].

Če ponudbo odda več solidarno odgovornih zavarovalnic, ki delujejo kot konzorcij in jih zastopa posrednik, pogodbo v primeru oddaje naročila skupaj podpišejo vsaka zavarovalnica in posrednik. V tem primeru se zavarovalnica oziroma zavarovalnice prav tako zavezujejo, da bo naročnik v celoti zavarovan (100-odstotno kritje) brez prekinitve med celotnim trajanjem pogodbe […]."

8 V osnutku pogodbe o opravljanju storitev delu o identifikaciji podpisnikov pogodbe sledi ta navedba: „Zgoraj navedene stranke, ki so v nadaljevanju skupaj imenovane ‚izvajalec', so […] solidarno odgovorne za izvajanje te pogodbe v razmerju do naročnika."

9 Povabilo k oddaji ponudbe je določalo, da mora biti vsaki ponudbi priložen vprašalnik III, ki ga je ponudnik ustrezno izpolnil (točka 2.1.2, osma alinea, povabila k oddaji ponudbe). Ti vprašalniki III so se v oddelku 1 (Obrazec za identifikacijo ponudnika) razlikovali glede na to, ali ponudnik deluje „kot član skupine" ali kot „samostojni ponudnik".

10 Vprašalnik III je v oddelku 3 vseboval „vprašalnik o skupnih ponudbah", ki ga je bilo treba „izpolniti le, če je ponudba skupna".

11 Vprašanje 5 in podvprašanje 5.1 na tem zadnjem vprašalniku sta določali, da je treba „v primeru skupne ponudbe […] [predložiti] soglasje/pooblastilo, sestavljeno v skladu s spodnjim vzorcem, ki ga podpišejo pravni zastopniki vseh partnerjev v skupni ponudbi, [in] ki med drugim priznava solidarno odgovornost vseh partnerjev v skupni ponudbi za izvajanje naročila“.

12 To soglasje/pooblastilo je določalo, da bodo „vsi člani skupine […] kot sopodpisniki pogodbe solidarno odgovorni do naročnika v zvezi z izvajanjem pogodbe“. Dodano je bilo, da bodo vsi člani „upoštevali pogoje pogodbe in zagotavljali pravilno izvajanje svojega dela storitev, kot so določene v razpisnih zahtevah in ponudbi izvajalca“.

13 Komisija za odpiranje ponudb je 31. oktobra 2013 ob odpiranju ponudb potrdila prejem dveh ponudb za sklop št. 1. Eno ponudbo je oddala tožeča stranka, to je družba Vanbreda Risk & Benefits, drugo pa družba Marsh.

14 Tožeča stranka je v dopisu z dne 8. novembra 2013 Komisijo opozorila, da so za presojo popolnosti ponudbe pomembni „podpisani dokumenti, iz katerih je razvidno, da se v primeru ponudbe skupaj z več zavarovalnicami te iste zavarovalnice zavezujejo, da bodo solidarno odgovorne brez vsakršnih omejitev“. Glede na izkušnje tožeče stranke je namreč družba AIG Europe Limited (v nadaljevanju: AIG), ki je sodelovala v konzorciju družbe Marsh, načeloma zavrnila solidarno odgovornost in je bilo zato skoraj gotovo, da ponudba tega konzorcija ne more izpolnjevati vsebinskih in formalnih zahtev iz razpisnih zahtev.

15 Komisija je v dopisu z dne 4. decembra 2013 v zvezi s tem odgovorila, da ne more posredovati informacij, ker ocenjevanje ponudb še poteka.

16 Komisija za ocenjevanje ponudb je v zapisniku o oceni ponudb z dne 13. januarja 2014 odločila, da sta ponudbi tožeče stranke in družbe Marsh primerni za finančno oceno, in ugotovila, da je prva ponudba družbe Marsh z letno ceno 771.076,03 EUR, ponudba tožeče stranke z letno ceno 935.573,58 EUR pa je druga. Komisija za ocenjevanje ponudb je tako odločila, da predlaga oddajo sklopa št. 1 družbi Marsh.

17 Komisija je s sklepom z dne 28. januarja 2014 odločila, da naročilo odda družbi Marsh.

18 Komisija je z dopisom z dne 30. januarja 2014 (v nadaljevanju: izpodbijani sklep) tožečo stranko obvestila, da njena ponudba za sklop št. 1 ni bila izbrana, ker ni ponudila najnižje cene.

19 Tožeča stranka je v elektronskem sporočilu z dne 31. januarja 2014 in dopisu z dne 3. februarja 2014 Komisijo zaprosila, naj ji omogoči dostop do popolnega poročila o oddaji naročila in pošlje kopije podpisanih dokumentov, iz katerih je razvidno, da se v primeru ponudbe skupaj z več zavarovalnicami te zavarovalnice zavezujejo, da bodo solidarno odgovorne brez vsakršnih omejitev v skladu z razpisnimi zahtevami. Tožeča stranka je omenila, da je bila ta zahteva navedena na strani 8 Priloge IV k povabilu k oddaji ponudbe.

20 Tožeča stranka je v dopisu z dne 7. februarja 2014 ponovila svoje zahteve in izrazila bojazen, da ponudba družbe Marsh ni v skladu z razpisnimi zahtevami, ker najmanj en partner v tej ponudbi ni podpisal zahtevanega vzorca soglasja/pooblastila. Tožeča stranka je navedla, da gre pri tem za bistven element pogodbe in da je sama oddala ponudbo, v kateri je uporabila strukturo zavarovanja, ki je popolnoma v skladu z razpisnimi zahtevami, vključno s tem bistvenim elementom solidarne odgovornosti. Za popolne naj bi se lahko štele le ponudbe, v katerih je navedena le ena zavarovalnica (ki 100-odstotno krije tveganje), in tiste, v katerih je navedenih več zavarovalnic, ki so ob oddaji ponudbe vse izjavile, da so solidarno odgovorne. Tožeča stranka je Komisijo pozvala, naj sklep o oddaji naročila družbi Marsh znova preuči z vidika tega elementa in odloži podpis pogodbe.

21 Komisija je v dopisu z dne 7. februarja 2014 odgovorila na elektronsko sporočilo z dne 31. januarja 2014 in navedla, da v skladu s predpisi tožeči stranki ne more poslati drugih informacij, razen „značilnosti in prednosti izbrane ponudbe ter ime izbranega ponudnika“. Komisija je v tem okviru navedla, da je bil sklop št. 1 oddan popolni ponudbi z najnižjo ceno, in sicer ponudbi družbe Marsh.

22 Tožeča stranka je v dopisu z dne 11. februarja 2014 grajala ta odgovor, ki ni vseboval odgovorov na postavljena vprašanja, in znova zaprosila, naj se ji omogoči dostop do informacij, za katere je zaprosila že v prejšnjih dopisih.

23 Tožeča stranka je v dopisu in elektronskem sporočilu z dne 21. februarja 2014 izrazila svojo prepričanost, da od datuma oddaje ponudb Komisija ni imela soglasja/pooblastila za vsako zavarovalnico, ki je sodelovala pri ponudbi družbe Marsh, kar pomeni, da ta ponudba ni popolna in jo je treba izločiti. Tožeča stranka je Komisijo pozvala, naj znova preuči sklep o oddaji naročila in odloži podpis pogodbe z družbo Marsh.

24 Komisija je v dopisu z istega dne odgovorila, da je točke, ki so bile vzrok za zaskrbljenost tožeče stranke, ustrezno analizirala v celotni fazi ocenjevanja ponudb, da je bilo ugotovljeno, da sta ponudbi popolni, in da je bilo zato naročilo oddano ponudbi z najnižjo ceno. Komisija ni tožeči stranki poslala nobenega izmed zahtevanih dokumentov.

25 Tožeča stranka je po dveh novih elektronskih sporočilih z dne 25. in 28. februarja 2014 pri Komisiji 14. marca 2014 vložila prošnjo za dostop do dokumentov na podlagi Uredbe Evropskega parlamenta in Sveta (ES) št. 1049/2001 z dne 30. maja 2001 o dostopu javnosti do dokumentov Evropskega parlamenta, Sveta in Komisije (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 1, zvezek 3, str. 331).

Postopek in nova dejstva med postopkom

26 Tožeča stranka je 28. marca 2014 v sodnem tajništvu Splošnega sodišča vložila to tožbo za razglasitev ničnosti izpodbijanega sklepa in odškodninski zahtevek ter predlog za izdajo začasne odredbe, s katerim je želela doseči odlog izvršitve izpodbijanega sklepa in predložitev dokumentov s strani Komisije.

27 Predsednik Splošnega sodišča je s sklepom z dne 3. aprila 2014, sprejetim v okviru predloga za izdajo začasne odredbe, odredil odlog izvršitve izpodbijanega sklepa in pogodbe, sklenjene z družbo Marsh in zavarovalnicami, ter odredil predložitev dokumentov v postopku za izdajo začasne odredbe.

28 Predsednik Splošnega sodišča je s sklepom z dne 10. aprila 2014, sprejetim na podlagi stališč Komisije v okviru predloga za izdajo začasne odredbe, z retroaktivnim učinkom od 3. aprila 2014 razveljavil točko izreka sklepa z dne 3. aprila 2014 o odlogu izvršitve izpodbijanega sklepa in pogodbe, sklenjene z družbo Marsh in zavarovalnicami.

29 Splošno sodišče je s sklepom z dne 30. julija 2014, Vanbreda/Komisija (T-199/14,), izdanim v okviru te tožbe, Komisiji odredilo, naj predloži nekatere dokumente, ki po mnenju Komisije vsebujejo zaupne informacije, in navedlo, da na podlagi člena 67(3) Poslovnika Splošnega sodišča z dne 2. maja 1991 ti dokumenti v tej fazi ne bodo poslani tožeči stranki.

30 Komisija je v dopisu z dne 8. avgusta 2014 predložila zahtevane dokumente in Splošno sodišče je z ukrepom procesnega vodstva, poslanim Komisiji 11. septembra 2014, od nje zahtevalo, naj predloži različice nekaterih izmed navedenih dokumentov in natančno označi – tako da jih počrni – dele, ki so po njenem mnenju zaupni.

31 Komisija je to zahtevo izpolnila z dopisom z dne 29. septembra 2014.

32 Ker je tožeča stranka navedla, da ne ugovarja prošnji Komisije za zaupno obravnavanje, je Splošno sodišče iz spisa izločilo zaupne dokumente, ki so bili priloženi dopisu z dne 8. avgusta 2014.

33 Predsednik Splošnega sodišča je v začasni odredbi z dne 4. decembra 2014, Vanbreda Risk & Benefits/Komisija (T-199/14 R, ZOdl. (Odlomki), EU:T:2014:1024), odredil odlog izvršitve izpodbijanega sklepa v delu, ki se nanaša na oddajo sklopa št. 1 (točka 1 izreka), navedel, da se učinki tega sklepa ohranijo do izteka roka za vložitev pritožbe zoper isti sklep (točka 2 izreka) – to je do 16. februarja 2015 ob polnoči – in pridržal odločitev o stroških.

34 Tožeča stranka Splošnemu sodišču predlaga, naj:

— razglasi za ničen izpodbijani sklep, s katerim je Komisija odločila, da ne bo izbrala ponudbe tožeče stranke za sklop št. 1 in da ta sklop odda družbi Marsh;

— ugotovi nepogodbeno odgovornost Unije in ji naloži, naj tožeči stranki plača odškodnino v višini 1.000.000 EUR zaradi izgube možnosti pridobitve naročila, izgube reference in utrpljene nepremoženjske škode;

— vsekakor Komisiji naloži plačilo stroškov, vključno s stroški odvetnika, ki so začasno določeni na 50.000 EUR.

35 Komisija predlaga Splošnemu sodišču, naj:

— zavrne predlog za razglasitev ničnosti;

— zavrne odškodninski zahtevek;

— tožeči stranki naloži plačilo stroškov tega postopka in stroškov postopka za izdajo začasne odredbe.

36 Komisija je na podlagi zgoraj v točki 33 navedenega sklepa Vanbreda Risk & Benefits/Komisija (EU:T:2014:1024) po eni strani začela postopek s pogajanji za oddajo naročila na podlagi člena 134(1)(c) Delegirane uredbe Komisije (EU) št. 1268/2012 z dne 29. oktobra 2012 o pravilih uporabe Uredbe (EU, Euratom) št. 966/2012 Evropskega parlamenta in Sveta o finančnih pravilih, ki se uporabljajo za splošni proračun Unije (UL L 362, str. 1, v nadaljevanju: izvedbena uredba), da bi sklenila zavarovalno pogodbo, ki bi lahko začela veljati 17. februarja 2015 ob 00.00. Po drugi strani je vložila pritožbo (C-35/15 P) zoper ta sklep.

37 Komisija je v dopisu z dne 13. februarja 2015 družbo Marsh obvestila o prekinitvi veljavne pogodbe od 16. februarja 2015 ob polnoči.

38 Komisija je v okviru postopka s pogajanji prejela le eno ponudbo, in sicer ponudbo, ki jo je tožeča stranka oddala v skupini z zavarovalnico AIG. To ponudbo je izbrala in podpisala zavarovalno pogodbo, ki izhaja iz tega postopka in je začela veljati 17. februarja 2015 ob 00.00.

39 Podpredsednik Sodišča je s sklepom z dne 23. aprila 2015, Komisija/Vanbreda Risk & Benefits (C-35/15 P(R), ZOdl., EU:C:2015:275), razveljavil točki 1 in 2 izreka zgoraj v točki 33 navedenega sklepa Vanbreda Risk & Benefits/Komisija (EU:T:2014:1024) z obrazložitvijo, da je Splošno sodišče napačno uporabilo pravo, ko je razsodilo, da se brez časovne omejitve uporablja omilitev – sicer upravičena na področju javnih naročil – pogoja iz sodne prakse za sprejetje začasnih ukrepov v zvezi z nujnostjo (zgoraj navedeni sklep Komisija/Vanbreda Risk & Benefits, EU:C:2015:275, točka 57). Podpredsednik Sodišča je predlog za sprejetje začasnih ukrepov, ki ga je vložila tožeča stranka, iz istih razlogov zavrnil (zgoraj navedeni sklep Komisija/Vanbreda Risk & Benefits, EU:C:2015:275, točka 61).

Pravo

Predlog za razglasitev ničnosti

40 Tožeča stranka navaja edini razlog za razglasitev ničnosti, razdeljen na tri dele, ki se nanašajo, prvič, na kršitev načela enakega obravnavanja ponudnikov, členov 111 in 113 Uredbe (EU, Euratom) št. 966/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. oktobra 2012 o finančnih pravilih, ki se uporabljajo za splošni proračun Unije, in razveljavitvi Uredbe Sveta (ES, Euratom) št. 1605/2002 (UL L 298, str. 1, v nadaljevanju: finančna uredba), členov 146, 149 in 158 izvedbene uredbe in razpisnih zahtev, drugič, na kršitev načela enakega obravnavanja, in tretjič, na kršitev načela preglednosti.

Prvi del tožbenega razloga: kršitev načela enakega obravnavanja ponudnikov, členov 111(5) in 113(1) finančne uredbe, členov 146(1) in (2), 149(1) in 158(1) in (3) izvedbene uredbe ter razpisnih zahtev

41 Tožeča stranka trdi, da ponudba družbe Marsh ni v skladu z zahtevami iz razpisnih zahtev. Zavarovalnice, ki sodelujejo v tej ponudbi, naj se namreč ne bi solidarno zavezale za izvajanje naročila in naj torej ne bi podpisale soglasja/pooblastila, zahtevanega v razpisnih zahtevah.

42 Solidarna odgovornost pa naj bi bila bistveni pogoj javnega naročila v obravnavani zadevi in ta pogoj naj bi vplival na ceno ponudbe. Če bi se namreč več zavarovalnic odločilo za združitev, da bi vsaka v okviru svoje zaveze krila tveganje v obsegu tveganja zadevnega naročila, ta rešitev ne bi zagotavljala, da bi bila celotna škoda poplačana v celoti. Zato naj bi Komisija v obravnavani zadevi v razpisnih zahtevah določila pogoj solidarne odgovornosti, kar naj bi bila možna rešitev, vendar naj bi povzročila velike dodatne stroške.

43 S tem ko je Komisija družbi Marsh omogočila, da odda skupno ponudbo s konzorcijem zavarovalnic, ki niso solidarno zavezane za izvajanje naročila, naj bi temu gospodarskemu subjektu omogočila, da ponudi veliko nižjo ceno.

44 Komisija naj bi s tem kršila načelo enakega obravnavanja ponudnikov, člena 111(5) in 113(1) finančne uredbe, člena 146(1) in (2) in 158(1) in (3) izvedbene uredbe ter razpisne zahteve. S tem ko je Komisija naročila nazadnje oddala družbi Marsh, naj bi kršila tudi člen 149(1) izvedbene uredbe.

45 Tožeča stranka v repliki navaja, da se je ob branju odgovora na tožbo in nezaupnih dokumentov, ki jih je predložila Komisija, seznanila z novimi elementi. Iz njih naj bi bilo razvidno, da je družba Marsh v resnici oddala ponudbo kot posrednik in samostojni ponudnik ter da naj bi si Komisija in družba Marsh po odprtju ponudb veliko dopisovali v zvezi s pogojem solidarne odgovornosti. Komisija naj ne bi teh dejstev nikoli sporočila tožeči stranki, čeprav jo je ta večkrat spraševala. Tožeča stranka naj bi se torej lahko oprla na te nove elemente.

46 V tem okviru tožeča stranka trdi, da je sodelovanje družbe Marsh kot samostojnega ponudnika očitno nezakonito in v nasprotju z razpisnimi zahtevami. Dalje, Komisija naj bi – drugače kot trdi – ponudbo družbe Marsh obravnavala kot skupno ponudbo. Nazadnje, ker naj bi bila ponudba družbe Marsh lahko le skupna ponudba, bi morala vsebovati soglasje/pooblastilo, zahtevano v Prilogi IV k povabilu k oddaji ponudbe.

47 Komisija izpodbija stališče tožeče stranke, ki naj bi temeljilo na treh neustreznih predpostavkah: prvič, na predpostavki, da naj bi bila ponudba družbe Marsh oddana v imenu skupine ali konzorcija; drugič, na predpostavki, da naj ta ponudba ne bi vsebovala vzorca soglasja/pooblastila, kar naj bi bilo v nasprotju z razpisnimi zahtevami; tretjič, na predpostavki, da naj se zavarovalnice, ki jih je ponudila

družba Marsh, ne bi solidarno zavezale za izvajanje naročila, ta predpostavka pa naj bi izhajala iz napačne razlage razpisnih zahtev ter nepoznavanja resnične ponudbe družbe Marsh in poteka postopka oddaje javnega naročila.

48 Komisija v zvezi s prvo predpostavko poudarja, da je družba Marsh ponudbo oddala kot posrednik in samostojni ponudnik, in ne kot član ali vodja skupine, ter da je bilo naročilo dosledno oddano družbi Marsh kot samostojnemu ponudniku. Nobena določba v razpisnih zahtevah naj posredniku ne bi preprečevala, da kot samostojni ponudnik odda ponudbo za sklop št. 1 naročila.

49 Komisija v zvezi z drugo predpostavko poudarja, da se določbe v razpisnih zahtevah v zvezi s skupnimi ponudbami, vključno z vzorcem soglasja/pooblastila, ki je bil določen v vprašalniku III, ne uporabljajo v primeru ponudbe, ki jo odda samostojni ponudnik. Družbi Marsh naj zato ne bi bilo treba v ponudbo vključiti podpisanega soglasja/pooblastila, kot je določeno za skupne ponudbe. Družba Marsh naj bi ponudbi priložila pooblastila, ki jih je od več zavarovalnic prejela za izvajanje naročila.

50 Komisija v zvezi s tretjo predpostavko trdi, da je ustrezno preverila – kot je razvidno iz korespondence, ki jo je z družbo Marsh izmenjala od odprtja ponudb do oddaje naročila – ali ponudba te družbe v celoti izpolnjuje vse obveznosti, ki izhajajo iz razpisnih zahtev, med katerimi sta obveznost iz točke 5.1 tehničnih specifikacij, da se zagotovi, da je naročnik v celoti zavarovan (100-odstotno kritje) brez prekinitve med celotnim trajanjem pogodbe, in obveznost iz osnutka pogodbe v zvezi s solidarno odgovornostjo podpisnikov. Ker je bil predmet sklopa št. 1 naročila neposredna zavarovalna pogodba za nepremičnine naročnika, naj bi bilo namreč v tehničnih specifikacijah posebej določeno, da mora neodvisno od podrobnih pravil za oddajo ponudbe vsaka zavarovalnica, ki sodeluje pri izvajanju pogodbe, nujno to pogodbo podpisati solidarno z drugimi morebitnimi zavarovalnicami ali posrednikom, da se zagotovi stalno 100-odstotno kritje za naročnika.

51 Trditve tožeče stranke v zvezi z razlikami med cenami glede na to, ali je solidarna odgovornost ponujena ali ne, naj bi bile zato neupoštevne. Podpisana pogodba naj bi namreč vsebovala klavzulo o solidarni odgovornosti podpisnikov, klavzula naj bi bila določena že od začetka, ponudba družbe Marsh naj bi zato nujno morala upoštevati stroške in tveganja, povezana s to klavzulo, in cena ponudbe naj se ne bi nikoli spremenila ali bila predmet pogovorov z družbo Marsh.

52 Komisija trdi, da je družba Marsh oddala ponudbo kot samostojni ponudnik in da zato ne gre za skupno ponudbo. Ponudba družbe Marsh naj bi se zato obravnavala kot ponudba samostojnega ponudnika. Komisija naj ob odprtju ponudb ne bi sporočila imen zavarovalnic, navedenih v ponudbi družbe Marsh. Ponudbi naj bi bili analizirani na podlagi meril za izključitev in izbor, določenih v razpisu za oddajo javnega naročila, in v skladu s predvidenim postopkom. Ker je bila ponudba družbe Marsh ponudba samostojnega ponudnika, naj bi Komisija ustrezno preverila, ali ta družba sama izpolnjuje merila za izbor.

53 Komisija v dupliki v zvezi s trditvijo, navedeno v repliki, da je sodelovanje družbe Marsh kot samostojnega ponudnika očitno nezakonito, trdi, da temelji na restriktivni in napačni razlagi razpisnih zahtev in napačni razlagi belgijskega prava.

54 Medtem ko bi bilo treba na podlagi restriktivne razlage razpisnih zahtev obe ponudbi zavrniti, se je Komisija raje odločila za nerestriktivno razlago, tako da se ni ozirala na pravno obliko razmerij med posrednikom in zavarovalnico oziroma zavarovalnicami, pod pogojem, da ponudbi zagotavljata upoštevanje naročila. Komisija naj bi torej menila, da lahko na javnem razpisu sodelujejo tako zavarovalnice kot posredniki ter da posredniku nič ne prepoveduje, da ponudbo odda kot samostojni ponudnik. Vsekakor naj bi bil predmet naročila sklenitev neposredne zavarovalne pogodbe, ki bi jo morala podpisati vsaka zavarovalnica, kar naj bi sicer bilo storjeno v nazadnje podpisani pogodbi.

55 Kar zadeva razlago belgijskega prava, naj bi tožeča stranka v obravnavani zadevi nepravilno uporabila določbe tega prava. Družba Marsh naj ne bi nikoli trdila, da je edina podpisala zavarovalno pogodbo, in Komisija naj ne bi nikoli razmišljala, da bi se to lahko zgodilo. Tožeča stranka naj bi torej napačno zatrjevala, da ker se je družba Marsh predstavljala kot samostojni ponudnik, se je predstavljala kot zavarovalnica, ki želi sama podpisati pogodbo. Komisija naj ne bi imela nobenega razloga za sklepanje, da je ponudba družbe Marsh nezakonita. Ta ponudba naj ne bi bila nezakonita, ker posrednik ne bi mogel dokazati, da ima sklenjena zavarovanja za najmanj 100.000 m^2. Zahtevane informacije naj namreč ne bi izključevale upoštevanja sklenitve zavarovalnih polic za najmanj 100.000 m^2 zavarovanih površin za zavarovalnice in opravljanje posredniških storitev za najmanj 100.000 m^2 zavarovanih površin za posrednike. Nazadnje, logično naj bi bilo, da je bila preverjena le finančna in ekonomska sposobnost družbe Marsh, ker je šlo za samostojnega ponudnika. Družba Marsh naj bi namreč kot tak ponudnik zagotavljala finančno vzdržnost svoje ponudbe. Sicer pa naj bi bil uporabljen enak pristop kot pri tožeči stranki v zvezi s prejšnjo zavarovalno pogodbo. V vsakem primeru naj bi se za preprečitev tveganja, da Komisija ne bi bila v neposrednem pogodbenem razmerju z zavarovalnicami, v razpisnih zahtevah zahtevalo, da zavarovalno pogodbo podpišejo zavarovalnice.

56 V zvezi z domnevno obravnavo ponudbe družbe Marsh kot skupne ponudbe naj bi bila ta trditev nelogična in napačna. Ugotovljeno naj bi bilo, da je družba Marsh ponudbo oddala kot samostojni ponudnik, da je Komisija merila za izključitev in izbor preverila na tej podlagi in da je pogodbo oddala navedenemu samostojnemu ponudniku. Komisija ne razume, kako lahko tožeča stranka trdi, da je ponudbo družbe Marsh obravnavala kot skupno ponudbo. Dodatno, elementi, ki jih navaja tožeča stranka, naj ne bi dokazovali nasprotnega.

57 V zvezi s trditvijo, da bi morala ponudba družbe Marsh vsebovati vzorec soglasja/pooblastila, zahtevan za primer skupne ponudbe, Komisija trdi, da ni bilo potrebno, da ponudba družbe Marsh, ker jo je ta oddala kot samostojni ponudnik, vsebuje podpisano soglasje/pooblastilo.

– Dopustnost nekaterih trditev, navedenih v repliki

58 Ne da bi Komisija izrecno podala ugovor nedopustnosti, vseeno meni, da zaradi dokaza, ki ga je predložila v zvezi s tem, da pogodba, ki so jo 27. februarja 2014 podpisale družba Marsh in zavarovalnice, določa solidarno odgovornost zavarovalnic, trditve, ki jih je tožeča stranka navedla v repliki, presegajo prvotni edini tožbeni razlog, kot je opredeljen v tožbi, in sicer razlog, ki se nanaša „pogoj solidarne odgovornosti, določen v razpisnih zahtevah za primer skupne ponudbe s konzorcijem zavarovalnic“.

59 Poudariti je treba, da je tožeča stranka v repliki navedla nekatere nove trditve, ki se v bistvu nanašajo na nezakonitost sodelovanja družbe Marsh kot samostojnega ponudnika in nezakonitost tega, da je Komisija to ponudbo obravnavala kot skupno ponudbo.

60 Vendar kot tožeča stranka pravilno trdi v repliki in ne da bi Komisija v zvezi s tem navedla podrobno zavrnitev v dupliki, te nove trditve izhajajo iz informacij, s katerimi se je tožeča stranka seznanila šele ob branju odgovora na tožbo in dokumentov, ki jih je Komisija predložila na zahtevo Splošnega sodišča.

61 Tako je tožeča stranka šele iz odgovora na tožbo izvedela, da je družba Marsh pri javnem razpisu sodelovala ne s skupno ponudbo družbe Marsh in šestih zavarovalnic, ampak kot posrednik in samostojni ponudnik, ki ponuja šest zavarovalnic. Tožeča stranka je šele ob branju dokumentov, ki jih je Komisija predložila 29. septembra 2014 (glej točko 31 zgoraj), izvedela za korespondenco, do katere je po odprtju ponudb prišlo med Komisijo in družbo Marsh ter nato med Komisijo in družbama Marsh in AIG v zvezi s vprašanjem solidarne odgovornosti.

62 Zato je, če je preudarke Komisije mogoče razlagati tako, da vsebujejo ugovor nedopustnosti na podlagi člena 84(1) Poslovnika Splošnega sodišča zoper nove trditve, ki jih je tožeča stranka navedla v repliki, ta ugovor nedopustnosti neutemeljen.

– Nezakonitost sodelovanja družbe Marsh kot posrednika in samostojnega ponudnika na javnem razpisu

63 Prvič, v skladu s členom 102(1) finančne uredbe vsa javna naročila, ki se v celoti ali delno financirajo iz proračuna, upoštevajo načelo enakega obravnavanja, v skladu s členom 146(1) izvedbene uredbe pa naročniki pripravijo jasna in nediskriminatorna merila za izbor. Drugič, v skladu s členom 102(2) finančne uredbe se za vsa javna naročila zagotovi zbiranje ponudb iz najširšega možnega kroga ponudnikov, člen 111(1), (4) in (5) iste uredbe pa določa, da mora biti ureditev postopka za predložitev ponudb taka, da zagotavlja resnično konkurenco, da se vsaka ponudba, za katero komisija za odpiranje ugotovi, da ne izpolnjuje pogojev, zavrne ter da se vsaka ponudba, za katero se ugotovi, da izpolnjuje pogoje, oceni na podlagi meril, določenih v razpisni dokumentaciji. Nazadnje, člen 113(1) iste uredbe določa, da odredbodajalec odloči, komu se odda javno naročilo v skladu z merili za izbor in oddajo, določenimi vnaprej v razpisni dokumentaciji in v pravilih za oddajo javnega naročila.

64 Načelo enakega obravnavanja med ponudniki, katerega cilj je spodbujanje razvoja zdrave in učinkovite konkurence med podjetji, ki sodelujejo pri javnem naročilu, zahteva, da imajo vsi ponudniki pri postavljanju pogojev svojih ponudb enake možnosti, in torej zahteva, da za vse konkurente veljajo enaki pogoji (sodbi z dne 12. decembra 2002, Universale-Bau in drugi, C-470/99, Recueil, EU:C:2002:746, točka 93, in z dne 12. marca 2008, Evropaïki Dynamiki/Komisija, T-345/03, ZOdl., EU:T:2008:67, točka 143).

65 Ponudnike je treba obravnavati enako tako takrat, ko pripravljajo svoje ponudbe, kot tudi takrat, ko naročnik te ponudbe ocenjuje (glej v tem smislu sodbo z dne 18. oktobra 2001, SIAC Construction, C-19/00, Recueil, EU:C:2001:553, točka 34 in navedena sodna praksa). Naročnik mora v vseh fazah postopka poskrbeti, da se spoštuje enako obravnavanje in s tem enake možnosti vseh ponudnikov (glej v tem smislu sodbe z dne 29. aprila 2004, Komisija/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Recueil, EU:C:2004:236, točka 108; z dne 24. februarja 2000, ADT Projekt/Komisija, T-145/98, Recueil, EU:T:2000:54, točka 164; z dne 17. marca 2005, AFCon Management Consultants in drugi/Komisija, T-160/03, ZOdl., EU:T:2005:107, točka 75, in z dne 22. maja 2012, Evropaïki Dynamiki/Komisija, T-17/09, EU:T:2012:243, točka 65).

66 Prvi del edinega razloga za razglasitev ničnosti, ki se nanaša na nezakonitost sodelovanja družbe Marsh na javnem razpisu kot posrednika in samostojnega ponudnika, je treba preučiti z vidika zgoraj navedenega.

67 Kar zadeva – glede na pogoje zadevnega javnega razpisa – možnost, da posrednik na tem razpisu sodeluje kot samostojni ponudnik, se zdi, da navedeni pogoji nasprotujejo tej možnosti.

68 Prvič, izraz „posrednik“ je dejansko naveden v nekaterih odlomkih javnega razpisa (v oddelku III.2.3 razpisa za oddajo javnega naročila v zvezi s tehnično zmogljivostjo, v prilogi k povabilu k oddaji ponudbe v zvezi s tehničnimi specifikacijami kot pogojem za sodelovanje in v rubrikah o informacijah o dovoljenju, ki jih je treba predložiti). Vendar so ti odlomki vsaj skupni za ponudbe, ki jih odda samostojni ponudnik, in za skupne ponudbe.

69 Razen teh navedb v teh odlomkih, ki so skupni za ponudbe, ki jih odda samostojni ponudnik, in za skupne ponudbe, se izraz „posrednik“ izrecno uporablja le v kontekstu skupnih ponudb (v členu 5.1 tehničnih specifikacij v zvezi s podpisom zavarovalne pogodbe, v vprašalniku v zvezi s skupnimi ponudbami v Prilogi IV k povabilu k oddaji ponudbe in v vzorcu soglasja/pooblastila v isti prilogi).

70 Zato čeprav pogoji javnega razpisa v zvezi s ponudbami, ki jih odda samostojni ponudnik, ne izključujejo izrecno izraza „posrednik“, ga prav tako ne predvidevajo. Obstoj tega izraza v delih javnega razpisa, ki so skupni za ponudbe, ki jih odda samostojni ponudnik, in za skupne ponudbe, je očitno mogoče bolje pojasniti s tem, da je posrednik izrecno predviden kot ponudnik v okviru skupne ponudbe, kot pa s tem, da je lahko samostojni ponudnik.

71 Drugič, o trditvi Komisije, da nobena določba razpisnih zahtev posredniku ne preprečuje, da ponudbo za sklop št. 1 odda kot samostojni ponudnik, je mogoče razumno podvomiti.

72 Najprej, iz prve alinee točke 5 povabila k oddaji ponudbe, naslovljene „Postopek po oddaji ponudb“, izhaja, da „to povabilo k oddaji ponudbe ne pomeni nobene zaveze s strani Komisije“ ter da „[t]a zaveza nastane šele s podpisom pogodbe z izbranim ponudnikom“. Enako je v prvem odstavku na tretji strani izpodbijanega sklepa navedeno „če s ponudnikom, ki mu je bilo naročilo oddano, ne bi bilo mogoče skleniti pogodbe“.

73 V obravnavanem primeru in kot je razvidno iz spisa in trditev Komisije, je izbrani „ponudnik, ki mu je bilo naročilo oddano“ le družba Marsh, pri čemer so izključene vse druge osebe.

74 Kot pa sama Komisija poudarja v korespondenci z družbo Marsh z dne 18. decembra 2013 in 12. februarja 2014, posrednik ne more biti sam podpisnik pogodbe o opravljanju storitev, ki je predmet spora.

75 Dalje, v skladu s členom 5.1 tehničnih specifikacij so v primeru, da bi moralo pogodbo podpisati več solidarno zavezanih zavarovalnic, predvideni le trije primeri oddaje ponudb, od katerih je prisotnost posrednika predvidena le v enem. Ta zadnji primer pa je opisan tako, da ustreza primerom, „[ko] ponudbo odda več solidarno odgovornih zavarovalnic, ki delujejo kot konzorcij in jih zastopa posrednik“. Zato je prisotnost posrednika predvidena le v primeru skupnih ponudb.

76 Glede na navedeno je treba ugotoviti, da v nasprotju s trditvami Komisije iz analize pogojev razpisnih zahtev izhaja, da ne le da primer, v katerem posrednik ponudbo odda kot samostojni ponudnik, ni predviden, ampak da se lahko ta primer šteje celo za izključenega.

77 Komisija sicer sama priznava, da primer, da ponudbo odda posrednik kot samostojni ponudnik, v razpisnih zahtevah ni formalno predviden. Vendar trdi, da je v prizadevanju, da bi naročilo odprla čim širši konkurenci, menila, da se razpisne zahteve ne smejo razlagati tako, da izključujejo ponudbo posrednika kot samostojnega ponudnika, ki je dobil pooblastila več zavarovalnic, ki so se zavezale, da bodo podpisale in izvajale pogodbo, če jim bo naročilo oddano. Prav tako naj bi v tem okviru upoštevala člen 121(5), drugi pododstavek, izvedbene uredbe.

78 V zvezi s sklicevanjem na člen 121(5), drugi pododstavek, izvedbene uredbe je treba poudariti, da se ta določba uporablja, če ponudbo odda skupina gospodarskih subjektov. Ta določba določa, da naročnik ne sme zahtevati, da ima ta skupina dano pravno obliko. V obravnavani zadevi pa ponudbe ni oddala skupina gospodarskih subjektov, ampak posrednik kot samostojni ponudnik, ki mu je bilo edinemu oddano javno naročilo.

79 Razlago razpisnih zahtev, kot jo zahteva Komisija, po kateri te ne izključujejo posrednikov kot samostojnih ponudnikov, izpodbijajo ne le določbe navedenih razpisnih zahtev, ampak tudi sistematika sistema.

80 Oddaja ponudbe s strani posrednika kot samostojnega ponudnika, ki je po mnenju Komisije mogoča, ima namreč z vidika preverjanja popolnosti ponudbe drugačne posledice, kot jih ima ponudba, ki jo odda zavarovalnica kot samostojni ponudnik. Vseeno pa ima naročnik v obeh primerih obveznost prepričati se, da ponudba ustreza razpisnim zahtevam. Zato mora biti naročnik v takem položaju, da je sam sposoben opraviti to nalogo.

81 Iz točke 3.4 povabila k oddaji ponudbe izhaja, da mora ocenjevanje ponudb potekati v treh fazah in da so v naslednjo fazo sprejete le ponudbe, ki izpolnjujejo zahteve posamezne faze ocenjevanja. Namen prve in druge faze ocenjevanja je preveriti merila za izključitev in izbor ponudnikov. Ocenjevanje ponudb in oddaja naročila spadata v tretjo fazo.

82 Natančneje, kar zadeva drugo fazo ocenjevanja v zvezi s preverjanjem meril za izbor, iz točke 3.4.2 povabila k oddaji ponudbe izhaja, da mora komisija za ocenjevanje ponudb preučiti, ali imajo ponudniki na eni strani zadostno ekonomsko in finančno sposobnost ter na drugi strani zadostno tehnično in strokovno sposobnost. V zvezi s tem je treba spomniti, da je Komisija v odgovoru na tožbo izrecno navedla, da je ustrezno preverila, da ponudba družbe Marsh izpolnjuje merila za izbor iz javnega razpisa, kar je, kot se zdi, razvidno tudi iz lestvice za ocenjevanje meril za izbor, priložene zapisniku o oceni ponudb z dne 13. januarja 2014.

83 Kar zadeva preverjanje ekonomske in finančne sposobnosti, je treba poudariti, da v primeru skupne ponudbe določbe oddelka 4 Priloge IV k povabilu k oddaji ponudbe določajo, da morajo biti informacije navedene za vsakega člana posebej.

84 Ta zahteva omogoča preverjanje trdnosti zavarovalnic, ki so tiste, ki nazadnje zavarujejo tveganje. Zaradi te zahteve posrednik – ki je izrecno predviden le kot morebitni ponudnik v okviru skupne ponudbe – ne more navesti le informacij o lastni ekonomski in finančni sposobnosti. Preprečiti je namreč treba, da se komisija za ocenjevanje ponudb osredotoči le na trdnost posrednika, ki ne zavaruje kritega tveganja.

85 Nasprotno pa v primeru ponudbe, ki jo odda samostojni ponudnik, iste določbe oddelka 4 Priloge IV k povabilu k oddaji ponudbe določajo le, da se ocenjuje ekonomska in finančna sposobnost ponudnika. V primeru (ki ga zagovarja Komisija), da bi bil posrednik sprejet kot samostojni ponudnik, pa bi to – kot se je sicer zgodilo v obravnavani zadevi – omejilo ocenjevanje le na informacije, ki se nanašajo na tega posrednika. Finančna trdnost zavarovalnic, ki bodo vendarle dejansko zadolžene za zavarovanje tveganja, naj *de jure* ne bi bila vključena v preverjanje ponudbe.

86 Člen 147(3) izvedbene uredbe ne omaja te ugotovitve. Ta člen določa, da se gospodarski subjekt lahko, kadar je to primerno, in za določeno naročilo zanaša na sposobnosti drugih subjektov, ne glede na pravno naravo povezav, ki jih ima z njimi, in da mora v tem primeru dokazati naročniku, da bo imel na razpolago potrebne vire za izvajanje naročila, na primer z izjavo teh subjektov, da mu bodo dali te vire na razpolago. Ta določba se namreč uporablja le, če se želi ponudnik sklicevati na sposobnosti drugih subjektov.

87 Komisija pa je v obravnavani zadevi jasno navedla, da so bila merila za izbor, katerih del je ekonomska in finančna sposobnost, preverjena izključno v zvezi s položajem družbe Marsh.

88 Ta navedba, ki jo potrjujejo elementi iz spisa, je bila namreč jasno podana najprej v postopku za izdajo začasne odredbe (glej v tem smislu zgoraj v točki 33 navedeni sklep Vanbreda Risk & Benefits/Komisija, EU:T:2014:1024, točka 72), ki v zvezi s tem ni bil izpodbijan v okviru pritožbe, ki jo je vložila Komisija (glej točko –, *in fine*, zgoraj) in o kateri je bilo odločeno z zgoraj v točki 39 navedenim sklepom Komisija/Vanbreda Risk & Benefits (EU:C:2015:275). Komisija je tako potrdila, da je bila ekonomska in finančna sposobnost preverjena le v zvezi z družbo Marsh, ne pa v zvezi z zavarovalnicami, ki so dale pooblastilo tej družbi. Navedla je, da je želela s tem javnim razpisom skleniti pogodbo z zavarovalnicami, ne da bi ji bilo treba preveriti njihovo ekonomsko in finančno sposobnost. Ta pristop naj bi izhajal iz zavestne odločitve, da ne bo opravila ekonomske ocene in ne bo zahtevala dokaza v zvezi s tem, ampak da bo sprejela bolj pravni pristop, pri čemer bo od ponudnika zahtevala zavezo v zvezi z obveznostjo izpolnjevanja tega merila.

89 Komisija je v dupliki k tej tožbi znova potrdila, da je treba v okviru razpisnega postopka preveriti ekonomsko in finančno sposobnost le v zvezi z družbo Mars, ne pa v zvezi z zavarovalnicami, ki jih je ta družba ponudila.

90 Vendar je treba ugotoviti, da ta pristop Komisije in navedena pojasnila izpodbijajo sami pogoji in logika razpisnih zahtev. V okviru skupnih ponudb, za katere je izrecno predviden obstoj posrednika, so v razpisnih zahtevah namreč zahtevani dokumenti, ki dokazujejo ekonomsko in finančno sposobnost vsakega posameznega člana, torej vključno zavarovalnice ali zavarovalnic, ki sodelujejo v skupni ponudbi. Če bi Komisija prvotno resnično želela preverjanje ekonomske in finančne sposobnosti omejiti na posrednike, v okviru skupne ponudbe, oddane skupaj s posrednikom, ne bi zahtevala, naj se predložijo dokumenti o ekonomski in finančni sposobnosti za vsakega izmed članov. Poleg tega, če bi zavarovalnica oddala ponudbo kot samostojni ponudnik, bi bila njena ekonomska in finančna sposobnost preverjena. Zato le v primeru, če bi posrednik ponudbo oddal kot samostojni ponudnik, ekonomska in finančna sposobnost subjekta, ki zavaruje tveganje, ne bi bila preverjena. To pa ne upošteva sistematike celotnega sistema niti enakega obravnavanja ponudnikov.

91 Nazadnje, glede na pogoje javnega razpisa (glej točko II.1.5 razpisa za oddajo javnega naročila, točko 2 tehničnih specifikacij in člen I.1.1 osnutka pogodbe o opravljanju storitev) je bil predmet tega javnega razpisa sklenitev zavarovalne pogodbe. Komisija je v dopisu z dne 18. decembra 2013 potrdila, da gre za neposredno zavarovalno pogodbo. Ugotoviti je treba, da čeprav je Komisija sledila temu cilju, je preverila le ekonomsko in finančno sposobnost posrednika Marsh, ne da bi preverila to sposobnost v zvezi z zavarovalnicami, ki jih je ponudila ta družba. Čeprav bi bilo tako ravnanje mogoče pojasniti v okviru javnega razpisa, organiziranega za sklenitev pogodbe o posredništvu, pa je to ravnanje nepravilno v okviru javnega razpisa v zvezi z zavarovalno pogodbo, zlasti ob upoštevanju cilja zaščite finančnih interesov Unije, ki ga uresničuje finančna uredba.

92 Preudarki Komisije v zvezi s pristopom, ki je bil uporabljen v razpisnem postopku, izvedenem pred razpisnim postopkom in zavarovalno pogodbo, ki sta predmet tega spora, niso upoštevni za presojo zakonitosti izpodbijanega sklepa.

93 Iz zgornjega izhaja, da je dovoliti posredniku, da na javnem razpisu sodeluje kot samostojni ponudnik, v nasprotju tako z določbami javnega razpisa kot s sistematiko sistema, vzpostavljenega s tem razpisom. Preudarki, ki jih je Komisija navedla v zvezi s ciljem, ki naj bi ga uresničevala, da bi ohranila visoko raven konkurence pri sodelovanju pri spornem javnem razpisu, nikakor ne morejo upravičiti neupoštevanja določb javnega razpisa.

94 Poleg tega iz elementov iz spisa izhaja, da je bil eden od bistvenih pogojev javnega razpisa zaveza zavarovalnice oziroma zavarovalnic, da zagotovijo, da bo naročnik deležen 100-odstotnega kritja za tveganja, predvidena v razpisnih zahtevah.

95 Po navedbah Komisije bi moral posrednik kot samostojni ponudnik – kar je zanjo sprejemljivo – pripraviti praktične ukrepe za izvajanje pogodbe. Ta pristop naj bi pomenil, da Komisija preveri, ali je pogoj v zvezi s kritjem, omenjen v točki 94 zgoraj, izpolnjen, le v zvezi z rezultatom, in ne v zvezi z načinom, kako je ta rezultat dosežen.

96 V obravnavani zadevi je družba Marsh ob oddaji ponudbe predložila razdelitev tveganj med zavarovalnice, da bi dosegla cilj 100-odstotnega kritja. Družba Marsh je Komisijo v dopisu z dne 14. februarja 2014 obvestila, da je ena izmed zavarovalnic, ki bi morala sodelovati pri njeni ponudbi, to je AIG, zavrnila podpis pogodbe. Družba Marsh je zaradi tega odstopa predlagala novo razdelitev teh tveganj brez spremembe skupne cene izbrane ponudbe, kar je pomenilo, da bi se prevzem deleža družbe AIG izvedel tako, da bi se po eni strani povečali deleži preostalih zavarovalnic in po drugi strani del tega deleža dodelil dvema novima zavarovalnicama, ki nista bili navedeni med tistimi, ki so bile prvotno omenjene v ponudbi družbe Marsh.

97 Zato je bila v trenutku, ko se je morala družba Marsh na eni strani znova pogajati o povečanju deleža zavarovalnic, ki so jo pooblastile, in se na drugi strani pogajati o sodelovanju dveh novih zavarovalnic, konkurenčna ponudba ne le znana, ampak je bila gotova tudi oddaja naročila družbi Marsh. Vendar če bi v času priprave prvotne ponudbe, in torej brez vednosti, da ji bo naročilo oddano, zavarovalnice, ki so pooblastile družbo Marsh, morale prevzeti večje deleže, kar bi pomenilo večje kritje tveganj z njihove strani, je verjetno, da bi v skladu z ekonomsko verjetnostjo v zameno zahtevale večje plačilo. To bi posledično lahko pripeljalo do zvišanja cene ponudbe. Enako bi pogajanje o sodelovanju dveh novih zavarovalnic pri ponudbi v času, ko cena konkurenčne ponudbe ni bila znana in pridobitev naročila ni bila gotova, prav tako lahko privedlo do drugačnega rezultata, ki bi potencialno vplival na zvišanje skupne cene ponudbe družbe Marsh. Nasprotno pa sta lahko v obravnavani zadevi ti novi zavarovalnici natančno poznali najvišje plačilo, ki bi ga lahko dobili, ko sta družbi Marsh dali svoje soglasje.

98 Čeprav se zato skupna cena izbrane ponudbe za Komisijo dejansko ni spremenila, pa so se nedvomno spremenili pogoji trgovanja med ponudnikom in zavarovalnicami.

99 Iz zgornjega izhaja, da dovoljenje posredniku, da kot samostojni ponudnik, ki so ga pooblastile zavarovalnice, sodeluje na javnem razpisu, prvič, povzroči, da preverjanje odlik ponudbe glede na pogoje, določene v razpisnih zahtevah, s strani komisije za ocenjevanje ponudb postane iluzorno, drugič, navedenemu posredniku omogoča, da eventualno dobi konkurenčno prednost pred drugimi ponudniki, in tretjič, povzroči neenako obravnavanje v korist posrednika kot samostojnega ponudnika zlasti v razmerju do konkurenta, ki odda skupno ponudbo z eno ali več zavarovalnicami.

100 Razlago razpisnih zahtev s strani Komisije, po kateri te ne izključujejo posrednikov kot samostojnih ponudnikov, zato izpodbijajo ne le določbe javnega razpisa, ampak tudi sistematika sistema. Tožeča stranka je zato pravilno trdila, da je sodelovanje družbe Marsh pri javnem razpisu kot posrednika in samostojnega ponudnika nezakonito.

101 Poleg te ugotovitve, ki izhaja iz pogojev in logike javnega razpisa, je treba preučiti, ali ni Komisija – v obravnavani zadevi in kot navaja tožeča stranka v repliki – poleg tega kršila enako obravnavanje, ko si je po odprtju ponudb dopisovala z družbo Marsh.

– Kršitev enakega obravnavanja ob dopisovanju med Komisijo in družbo Marsh po odprtju ponudb

102 Iz sodne prakse, navedene v točkah 64 in 65 zgoraj, izhaja, da mora naročnik enako obravnavati vse ponudnike in da mora v ta namen preveriti skladnost ponudb z zahtevami naročila. Naročnik ne more sprejeti ponudbe in podpisati pogodbe, če ima ali bi razumno moral imeti razloge za sklepanje, da ponudba, ki jo preučuje ali jo je že izbral, ni skladna z zahtevami naročila.

103 V tem okviru je treba preučiti korespondenco med družbo Marsh in Komisijo, kot je razvidna iz spisa in zlasti elementov, ki jih je Komisija predložila v odgovor na ukrep procesnega vodstva z dne 11. septembra 2014.

104 Družba Marsh je 25. oktobra 2013 pri Komisiji oddala ponudbo kot posrednik in samostojni ponudnik.

105 V tej ponudbi so bile častne izjave šestih zavarovalnic, v katerih je vsaka zavarovalnica izrazila strinjanje z vsebino ponudbe družbe Marsh, napovedala svoj delež zaveze pri zavarovalnem kritju za naročilo in navedla, da izpolnjuje vse pogoje iz specifikacij naročila „za svoj del“. Ena izmed teh izjav – ki jo je dala družba AIG – je vsebovala ta ročno pripisan zaznamek:

„Z izjemo klavzule o solidarni odgovornosti […]. Mi te klavzule ne sprejemamo.“ [„except concerning the solidarity clause (Priloga IV, str. 9, točka 1). We do not accept this clause“].

106 V tehničnem delu ponudbe je družba Marsh navedla, da sama (posrednik in ponudnik) in zavarovalnice, ki jih ponuja, „ne tvori[jo]skupine niti v podizvajalskem razmerju, ker se nekatera podrobna pravila iz Priloge IV [k povabilu k oddaji ponudbe], kot je skupna in solidarna odgovornost zavarovalnic, ne uporabljajo za to naročilo“.

107 Komisija je v telefaksu z dne 13. novembra 2013 potrdila prejem ponudbe družbe Marsh. Komisija v tem telefaksu ni navedla nobene pripombe ali prošnje v zvezi z dokumenti ali navedbami v ponudbi družbe Marsh glede narave zaveze zavarovalnic.

108 Komisija je družbi Marsh le sporočila, da njena ponudba ne (vendar z drugih vidikov) vsebuje vseh zahtevanih dokumentov in informacij (tehnična sposobnost, prejšnje reference o zavarovanjih in zavarovane površine). Družba Marsh je zahtevane informacije predložila v telefaksih z dne 15. in 18. novembra 2013.

109 Komisija je v telefaksu z dne 27. novembra 2013 družbi Marsh sporočila, da je treba njeno ponudbo dopolniti z dodatnimi informacijami.

110 Komisija je v tem telefaksu navedla, da je „naročnik […] ugotovil, da se [oddelek] 3 Priloge IV k povabilu k oddaji ponudbe ne uporablja, ker ne gre za skupno ponudbo ali ponudbo, ki jo je oddala skupina podjetij“.

111 Komisija je navedla, da je naročnik zabeležil, da ponudba družbe Marsh ponuja 100-odstotno kritje zavarovanih tveganj, da pa je bila ugotovljena nedoslednost na ravni deležev dveh zavarovalnic. Da bi popravili to nedoslednost, je Komisija družbo Marsh zaprosila, naj predloži popravljena pooblastila, ki bi jih sopodpisale različne zavarovalnice in v katerih bi bilo predstavljeno sodelovanje vsake izmed njih.

112 Ob tem popravku – in to na način, ki je bolj neposredno upošteven za ta spor – je Komisija družbo Marsh zaprosila, naj „potrdi, da bodo tveganja, ki jih je treba zavarovati, 100-odstotno krita v okviru solidarne odgovornosti vseh sodelujočih zavarovalnic v skladu z zadnjim odstavkom na strani 1 osnutka okvirne pogodbe“.

113 Družba Marsh je v telefaksu z dne 28. novembra 2013 odgovorila, da „želi pojasnilo, kaj v osnutku okvirne pogodbe pomeni *solidarna odgovornost vseh sodelujočih zavarovalnic*“ (poudarek družbe Marsh).

114 Družba Marsh je navedla, da „ob upoštevanju praks na področju zavarovalništva v primeru ponudb, ki vključujejo vodilno zavarovalnico in sozavarovalnice, ta pojem razume tako, da vse imenovane sozavarovalnice vodilni zavarovalnici dovolijo, da deluje v njihovem imenu pri vseh transakcijah v zvezi s pogodbo“. Družba Marsh je navedla, da „to med drugim zajema izjave, spremembe, prijave škode, pogajanja, urejanje in povračilo škode ter s tem povezane stroške, vsa zakonska sredstva in uveljavljanje vseh pravic do subrogacije in pravnega sredstva“ ter da „se tudi razume, da bodo vse sozavarovalnice samodejno in dokončno upoštevale vse odločitve ali ukrepe, ki jih bo sprejela vodilna zavarovalnica, kar bo pomenilo soglasje vseh zavarovalnic, ki so stranke pogodbe“. Družba Marsh je torej Komisijo prosila, naj ji potrdi, da je to razumevanje pravilno.

115 Komisija je v telefaksu z dne 2. decembra 2013 navedla, da „želi[…] dati naslednja pojasnila v odgovor na vprašanja“ družbe Marsh, kar je storila tako:

„Najprej je treba opozoriti, da bo prihodnjega izvajalca zavezovala obveznost rezultata, ki zajema zagotavljanje zavarovanja v skladu z določbami razpisnih zahtev (100-odstotno kritje) brez prekinitve med celotnim trajanjem pogodbe.

V tem okviru bo moral ponudnik pripraviti praktične ukrepe za izvajanje pogodbe, ki bi lahko zajemali med drugim sredstva, opisana v vašem dopisu.

Kar zadeva pojem solidarne odgovornosti, vas napotujem na opredelitev, povzeto v členu 5.1 tehničnih specifikacij (spodaj).

Kot lahko ugotovite, ta člen ne določa posebnih zahtev glede ukrepov za izvajanje in upravljanje pogodbe s strani vodilnih zavarovalnic, posrednikov ali sozavarovalnic.

‚5.1 ***Splošne določbe*** *Pogodba se bo začela izvajati na datum začetka veljavnosti pogodbe v skladu s členom 1.2.1 osnutka pogodbe. Če ponudbo odda več solidarno odgovornih zavarovalnic, ki delujejo kot konzorcij, ali več zavarovalnic, ki delujejo kot konzorcij in jih zastopa solidarno odgovorna vodilna zavarovalnica, pogodbo v primeru oddaje naročila podpiše vsaka zavarovalnica. V tem primeru ponudnik zagotavlja, da bo naročnik v celoti zavarovan (100-odstotno kritje) brez prekinitve med celotnim trajanjem pogodbe; pri tem je treba pojasniti, da če je ponudnik vodilna zavarovalnica, bo ta kontaktna točka za naročnika in upravljavec pogodbe med njenim izvajanjem.* ***Če ponudbo odda več solidarno odgovornih zavarovalnic, ki delujejo kot konzorcij in jih zastopa posrednik, pogodbo v primeru oddaje naročila skupaj podpišejo vsaka zavarovalnica in posrednik****. V tem primeru se zavarovalnica oziroma zavarovalnice prav tako zavezujejo, da bo naročnik v celoti zavarovan (100-odstotno kritje) brez prekinitve med celotnim trajanjem pogodbe. V tem primeru bo posrednik kontaktna točka za naročnika in upravljavec pogodbe med njenim izvajanjem. Posrednika bo neposredno plačala zavarovalnica oziroma zavarovalnice. Posrednik bo prejemal plačila premij in deloval kot posrednik pri povračilu škode.*‘ Ob upoštevanju zgornjega vas vabim, da potrdite spoštovanje klavzule o solidarni odgovornosti, kot je opredeljena zgoraj in na prvi strani osnutka okvirne pogodbe“ (poudarek v krepkem in ležečem tisku s strani Komisije)

116 Družba Marsh je v elektronskem sporočilu z dne 6. decembra 2013 navedla, da „žal […] do zdaj še vedno ni prepričana, da je pravilno razumela zavezo, katere predložitev [Komisija] zahteva [od nje]“ v zvezi z vprašanjem solidarne odgovornosti zavarovalnic.

117 Družba Marsh je dodala, da je „zadeva preveč pomembna, da si ne bi vzeli potrebnega časa za popolno razumevanje – z ene in druge strani – pogodbenih določb, ki jih mora izpolnjevati“. Družba Marsh je zaprosila za sestanek, da bi „obravnavali medsebojno razumevanje te klavzule o solidarni odgovornosti“, pri čemer je navedla, da bo temu sestanku „takoj sledil dokončen odgovor […] glede te zaveze in da ji bo nedvomno omogočil pojasnitev pojmov, zaradi katerih zdaj ne more odgovoriti [Komisiji]“.

118 Družba Marsh je v sporočilu nadaljevala tako:

„Naj spomnimo, kot je bilo pojasnjeno že v naši prošnji z dne 28. novembra 2013, da je družba Marsh ponudbo oddala sama kot posrednik, brez skupine, konzorcija ali skupne ponudbe z eno ali več zavarovalnicami (ki same ne tvorijo skupine). Tega načela, ki ste ga priznali v telefaksu z dne 27. novembra 2013, ni v členu 5.1 podrobnih pravil za izvajanje pogodbe, na katere se sklicujete v zadnjem telefaksu (noben izmed obeh opisanih primerov ne ustreza stvarnosti naše ponudbe), čeprav je ta javni razpis odprt za zavarovalnice in posrednike.

Oddaja ponudbe s strani družbe Marsh kot samostojnega ponudnika, podprta z zavezami zavarovalnic za 100-odstotno kritje, po našem mnenju ne zahteva in ne pomeni skupine v smislu člena 5.1, saj se v tem členu zahteva enotna ponudba vseh članov skupine, ki zato vsi skupaj postanejo ponudniki zaradi solidarne odgovornosti.

Zdi se nam, da to razlikovanje vpliva na nujnost tega, da je treba potrditi ali ne zavezo solidarne odgovornosti s strani zavarovalnic.

Prav tako želimo bolje razumeti, ali se družba Marsh, ki je sama ponudnik, šteje za (edinega?) izvajalca, saj vemo, da opredelitev izvajalca napotuje na ‚zavarovalno družbo ali podjetje, pri kateri se pogodba sklene […]' Ali pa lahko nasprotno štejete, da (edini) ponudnik ne more biti izvajalec (ker je posrednik), kar je s pravnega vidika očitno bolj zapleteno?

Nazadnje, če se vrnemo k temu pojmu solidarne odgovornosti, kaj natančno pomeni, če na primer vemo, da lahko [Financial Services and Markets Authority] v skladu s členom 47 loi de contrôle z dne 9. julija 1979 [zakon o nadzoru] (kakor je bil spremenjen) (prenos evropskih direktiv) vsekakor naloži konsolidacijske ukrepe, ki vplivajo na pravico tretjih oseb (upnikov zavarovalnice). Ob upoštevanju finančnega položaja belgijske zavarovalnice bi lahko [Financial Services and Markets Authority] naložil konsolidacijske ukrepe, ki bi vplivali na zavezo solidarne odgovornosti, na primer ker bi zaveza solidarne odgovornosti ogrozila običajne zaveze zavarovalnice."

119 Komisija je v telefaksu z dne 18. decembra 2013 odgovorila, da ne načrtuje organizacije sestanka, za katerega je bila zaprošena, saj ta vrsta stika ni dovoljena, in navedla, da „glede vprašanj [družbe Marsh] o solidarni odgovornosti lahko da naslednja pojasnila":

„Spomniti je treba, da je predmet tega javnega razpisa sklenitev zavarovalnih pogodb za vsak sklop naročila v skladu s pravili, določenimi v razpisni dokumentaciji. Gre za neposredne zavarovalne pogodbe, ki morajo kriti sredstva ali odgovornosti naročnikov od dneva njihovega podpisa, ne da bi bila nato podpisana zavarovalna polica. V zvezi s tem člen 5.1 tehničnih specifikacij določa, da se bo ‚[p]ogodba […] začela izvajati na datum začetka veljavnosti pogodbe v skladu s členom 1.2.1 osnutka pogodbe'.

Zahtevati od posrednika, da sam podpiše zavarovalno pogodbo v svojem imenu brez skupne in solidarne zaveze zavarovalnic, pa bi presegalo obseg zavez, ki jih je posrednik zakonito sposoben skleniti. To je razlog, iz katerega tak položaj v tem javnem naročilu ni bil predviden.

Iz tega razloga je v razpisni dokumentaciji predvideno, da bodo pogodbe obvezno podpisale zavarovalnice in eventualno posrednik v skladu s pravili, določenimi v členu 5.1 tehničnih specifikacij. V tem primeru bo odgovornost podpisnikov pogodbe solidarna odgovornost, kot je predvidena v vzorcu pogodbe, priložene razpisnim zahtevam.

Kot je bilo navedeno že v telefaksu z dne 27. novembra 2013, mora ponudnik pripraviti praktične ukrepe za izvajanje pogodbe ter razdeliti vloge med različne zavarovalnice, da se zagotovi pravilno izvajanje pogodbe. Tako bo za prihodnjega izvajalca ali izvajalce veljala obveznost rezultata, ki zajema zagotavljanje zavarovanja v skladu z določbami razpisnih zahtev (100-odstotno kritje) brez prekinitve med celotnim trajanjem pogodbe. V tem okviru solidarna odgovornost pomeni dodatno jamstvo za naročnike v primeru slabega izvajanja pogodbe, ne da bi to podpisnikom pogodbe nalagalo druge obveznosti v zvezi z njenim izvajanjem.

Ob upoštevanju zgornjega vas vabim, da potrdite spoštovanje klavzule o solidarni odgovornosti, kot je opredeljena v razpisni dokumentaciji, zlasti na prvi strani osnutka okvirne pogodbe, in pojasnjena zgoraj.

Poleg tega ugotavljam, da v dopisu navajate, da imate pooblastila zavarovalnic, ki potrjujejo 100-odstotno kritje. Prosim, da nam pošljete navedena pooblastila."

120 Družba Marsh je v telefaksu z dne 24. decembra 2013 odgovorila tako:

„Ob upoštevanju pojasnil v tem telefaksu, zlasti v zvezi z dodatnim jamstvom, ki ga solidarna odgovornost pomeni za naročnike v primeru slabega izvajanja pogodbe, ne da bi to podpisnikom pogodbe nalagalo druge obveznosti v zvezi z njenim izvajanjem, potrjujemo 100-odstotno kritje.

Na podlagi tega prilagamo pooblastila, ki so jih podpisale zavarovalnice, ki skupaj, vsaka za svoj del, potrjujejo 100-odstotno kritje. ‚Seštevek' šestih pooblastil potrjuje 100-odstotno kritje za celotno trajanje pogodbe.

V tej strukturi (naj spomnimo, da je enaka strukturi, vzpostavljeni v okviru sedanje medinstitucionalne pogodbe) družba Marsh torej oddaja ponudbo, ki vključuje šest zavarovalnic, ki imajo deleže v obliki sozavarovanja v obsegu, ki smo ga jasno opredelili v načrtih, navedenih na podpisanih pooblastilih.

Te zavarovalnice ne tvorijo skupine z družbo Marsh in tudi ne med seboj, kar je bilo tudi jasno navedeno.

Ker zavarovalnice ne tvorijo skupine, izjavljajo, da izpolnjujejo vse pogoje naročila za del pogodbe, ki ga bodo izvajale (‚I declare that xxx will comply with all the terms of the tender specifications, for the part of the contract xxx will perform').

Zdi se nam, da te izjave izpolnjujejo zahteve naročnikov glede jamstev za pravilno izvajanje pogodbe, vendar vseeno obžalujemo, da nam to kljub vzajemnemu prizadevanju za razumevanje in pojasnitev ne omogoča, da bi bili popolnoma prepričani, da izpolnjujemo zahteve pogodbe, ker zavarovalnice ne priznavajo solidarne odgovornosti v pomenu, ki ji ga morda želite dati. Lahko bi namreč pomenila, da se mora vsaka zavarovalnica zavezati ne za del pogodbe, ki ga bo izvajala, ampak celo do 100 % te pogodbe, kar je v nasprotju z načelom sozavarovanja, saj mora biti kritje zagotovljeno 100-odstotno, in ne 600-odstotno.

Da bi dosegli cilj, ki ste ga določili z zahtevo po solidarni odgovornosti zavarovalnic, potrjujemo, da smo od vsake zavarovalnice zahtevali, da se zaveže za 100-odstotno izvajanje svojega dela, kar so zavarovalnice sprejele. Zato ne smete niti dejansko niti pravno zahtevati solidarne odgovornosti.

Vnaprej se vam zahvaljujemo za končno pojasnilo glede tega."

121 Komisija se je v telefaksu z dne 8. januarja 2014 tožeči stranki zahvalila za pojasnila in informacije v dopisu z dne 24. decembra 2013 in tako zaprosila za naslednja pojasnila:

„Na drugi strani, kot je bilo že pojasnjeno, je treba zavezo vaše družbe in zavarovalnic, katerih pooblastila so bila predložena skupaj z vašo ponudbo, potrditi s podpisom zavarovalne pogodbe, priložene razpisnim zahtevam.

To, ali je bila ponudba oddana posamično ali s strani skupine ponudnikov, ni pomembno v tej fazi, ker bodo morale zavarovalno pogodbo obvezno podpisati zavarovalnice, ki s svojim pooblastilom potrjujejo njeno izvajanje, če jim bo naročilo oddano. Iz vašega dopisa ni jasno razvidno, ali bo tako.

Zato vas prosim, da potrdite, da boste v primeru oddaje ponudbe pogodbeno zavezo podpisali tako vaša družba kot sozavarovalnice, navedene v vaši ponudbi."

122 Družba Marsh je v elektronskem sporočilu z dne 10. januarja 2014 odgovorila tako:

„Potrjujemo, da bodo v primeru oddaje naročila družba Marsh in sozavarovalnice, navedene v naši ponudbi (in katerih pooblastila so bila znova potrjena v našem elektronskem sporočilu z dne 24. decembra 2013), podpisale pogodbo o opravljanju storitev, priloženo razpisnim zahtevam, v delu, v katerem so naša prvotna ponudba, pooblastila, ki so njen sestavni del, in različni dodatni dokumenti, ki vsebujejo predvsem pojasnila v zvezi s skupno in solidarno odgovornostjo, sestavni deli naročila.

Predvsem v zvezi s stranjo 1 navedene pogodbe boste iz naših prejšnjih dopisov ugotovili, da zavarovalnice v pooblastilih, priloženih ponudbi, izjavljajo, da izpolnjujejo vse pogoje naročila za del pogodbe, ki ga bodo izvajale (‚I declare that xxx will comply with all the terms of the tender specifications, for the part of the contract xxx will perform').

V upanju, da smo tako odgovorili na vsa vaša pričakovanja, vas lepo pozdravljamo."

123 Komisija za ocenjevanje ponudb je v zapisniku z dne 13. januarja 2014 menila, da glede na vse odgovore družba Marsh izpolnjuje merila za neizključitev in izbor, navedena v razpisu za oddajo javnega naročila. V zvezi s finančno oceno je komisija za ocenjevanje ponudb menila, da je družba Marsh predložila zahtevana pojasnila in dokumente ter da je njena ponudba za sklop št. 1, kot jo je ponudnik pojasnil, v skladu z določbami razpisnih zahtev in upravičena do finančne ocene.

124 Komisija je 30. januarja 2014 sprejela izpodbijani sklep.

125 Iz zgornjega opisa korespondence med družbo Marsh in Komisijo vseeno izhaja, da Komisija kmalu ni več mogla dvomiti o tem, da ponudba družbe Marsh z dne 25. oktobra 2013 ni bila sestavljena – in torej ocenjena – na podlagi solidarne odgovornosti, to je zaveze vsake izmed zavarovalnic, da bo eventualno zagotavljala celotno kritje zavarovanja.

126 Komisija bi morala najpozneje po prejemu telefaksa družbe Marsh z dne 24. decembra 2013 (glej točko 120 zgoraj) in še toliko bolj po prejemu elektronskega sporočila z dne 10. januarja 2014 (glej točko 122 zgoraj) ugotoviti, da ponudba družbe Marsh dejansko vsebuje – kot priznava sama družba – le skupno odgovornost zavarovalnic, in sicer odgovornost vsake za njen delež. Komisija bi torej morala ugotoviti, da ponudba družbe Marsh ni v skladu z zahtevami naročila, in da bi se z nadaljevanjem postopka do podpisa pogodbe z družbo Marsh kršilo enako obravnavanje drugega ponudnika.

127 Okoliščina, da je nazadnje po odstopu družbe AIF in njeni zamenjavi z dvema drugima zavarovalnicama zavarovalno kritje, zagotovljeno s pogodbo, ki so jo podpisale Komisija, družba Marsh in zavarovalnice, ki jih je nazadnje ponudila ta družba, vsebovalo solidarno zavezo teh zavarovalnic, nikakor ne ovrže sklepa iz točke 126 zgoraj. Nasprotno, ta razvoj dogodkov le potrjuje to, kar je razvidno že iz korespondence, izmenjane pred izpodbijanim sklepom.

128 Poudariti je treba, da za to tožbo ni pomembno, da je zavarovalno kritje, ki so ga nazadnje zagotavljale družba Marsh in zavarovalnice, zaradi teh dogodkov vsebovalo solidarno odgovornost, zahtevano v razpisnih zahtevah, brez spremembe cene, navedene v ponudbi družbe Marsh z dne 25. oktobra 2013, ampak je zanjo pomembno, da ponudba družbe Marsh, kakršna je bila oddana, ni vsebovala te solidarne odgovornosti in posledično ni bila pripravljena v skladu z razpisnimi zahtevami.

129 Kar zadeva sklicevanje Komisije na nekatere nenavadne okoliščine, zlasti na to, da je na pooblastilu družbe AIG, omenjenem v točki 105 zgoraj, ročno pripisan zaznamek („Z izjemo klavzule o solidarni odgovornosti […]. Mi te klavzule ne sprejemamo.") in da je bilo pozneje poslano pooblastilo družbe AIG brez tega zaznamka (glej točko 120 zgoraj), z njim ni mogoče ovreči dejstva, da se Komisija ni mogla zmotiti glede neobstoja solidarne odgovornosti v ponudbi družbe Marsh.

130 Čeprav je res, da je družba Marsh Komisiji na njeno prošnjo pozneje poslala pooblastilo družbe AIG, na katerem ni bilo več tega ročno pripisanega zaznamka, to namreč ne spremeni dejstva, da je bila na tem zadnjem pooblastilu še naprej določena meja finančne zaveze zavarovalnice in da se je zavarovalnica zavezala, da bo spoštovala pogoje ponudbe „za del pogodbe, ki ga bo izvajala" (for the part of the contract it will perform). Zato zgolj črtanje ročno pripisanega zaznamka, omenjenega v točki 129 zgoraj, ne pomeni, da se je družba AIG odpovedala izključitvi solidarne odgovornosti.

131 Poleg tega, in kar je toliko bolj pomembno, je bilo to pooblastilo družbe AIG brez ročno pripisanega zaznamka (tako kot sicer pet drugih pooblastil z enakim besedilom, ki jih je dalo pet drugih zavarovalnic, ki jih je ponudila družba Marsh) priloženo dopisu družbe Marsh z dne 24. decembra 2013. Ta dopis pa, kot izhaja iz njegovega besedila (glej točko 120 zgoraj), izrecno izključuje solidarno odgovornost zavarovalnic. Komisija ob njegovem branju ni mogla imeti nobenega razumnega dvoma glede tega. Skratka, črtanje ročno pripisanega zaznamka, s čimer so bila odslej poenotena vsa pooblastila zavarovalnic, ki jih je ponudila družba Marsh (ki so vsa vsebovala navedbo o zavezi zavarovalnic „vsaka za del pogodbe, ki ga bo izvajala“), bi moralo skupaj z besedilom dopisa z dne 24. decembra 2013 toliko bolj prepričati Komisijo, da ima, kar zadeva solidarno odgovornost, težavo s ponudbo družbe Marsh.

132 Dalje, po dopisu z dne 24. decembra 2013 je lahko elektronsko sporočilo z dne 10. januarja 2014 (glej točko 122 zgoraj) Komisiji le potrdilo, da ponudba družbe Marsh resnično ne vsebuje solidarne odgovornosti zavarovalnic. Komisija zato ni mogla prezreti, da ta ponudba ni popolna in da je bila pripravljena na podlagi finančnih zavez, ki niso bile povezane z zavezami iz ponudbe tožeče stranke. Zato je Komisija očitno kršila načelo enakega obravnavanja, ko se je – namesto da bi ugotovila, da ponudba družbe Marsh ni popolna in jo izločila – še naprej dopisovala s tem podjetjem in sprejela izpodbijani sklep.

133 Iz vsega navedenega izhaja, da je prvi del edinega razloga za razglasitev ničnosti utemeljen.

Drugi del tožbenega razloga: kršitev načela enakega obravnavanja zaradi spremembe ponudbe družbe Marsh po odpiranju ponudb

134 Tožeča stranka trdi, da se je sestava konzorcija, ki ga je oblikovala družba Marsh, po odpiranju ponudb spremenila. Najmanj ena izmed zavarovalnic, in sicer AIG, ki naj bi zavrnila zavezo solidarne odgovornosti za izvajanje naročila, naj bi bila namreč izločena.

135 Te spremembe sestave konzorcija, ki ga je oblikovala družba Marsh, po odpiranju ponudb naj ne bi bilo mogoče opredeliti kot „obrazložitev“ glede vsebine ponudbe ali „popravek administrativne napake“ v smislu člena 160(3) izvedbene uredbe. Ker je Komisija dovolila to spremembo, naj bi kršila načelo enakega obravnavanja ponudnikov v povezavi s členom 112(1) finančne uredbe in členom 160 izvedbene uredbe.

136 Nazadnje, očitno naj bi bilo, da bi se upravni postopek brez te nepravilnosti pri oddaji naročila končal drugače. Če bi Komisija ponudbo družbe Marsh izločila kot nepopolno, bi bilo namreč naročilo oddano tožeči stranki, saj je bila edino drugo podjetje, ki je oddalo ponudbo za to naročilo in katerega ponudba je bila popolna.

137 Tožeča stranka v repliki na podlagi novih elementov trdi, da so bile storjene tri vrste nezakonitih sprememb ponudbe družbe Marsh.

138 Na prvem mestu, identiteta zavarovalnic, ki so dale pooblastilo družbi Marsh, in njihov finančni položaj naj ne bi bila le praktični ukrep za izvajanje pogodbe. Zamenjava družbe AIG z drugima zavarovalnicama po odpiranju ponudb naj bi pomenila nezakonito spremembo ponudbe.

139 Na drugem mestu, čeprav je skupna cena ponudbe družbe Marsh ostala nespremenjena, naj bi se pogoji trgovanja med družbo Marsh ter obstoječimi in novimi zavarovalnicami nedvomno razlikovali od pogojev trgovanja, ki so obstajali pred oddajo ponudbe, ker je bila, prvič, cena, ki jo je predlagala tožeča stranka, odslej znana in ker so bile, drugič, zavarovalnice prepričane, da bo naročilo oddano družbi Marsh. Skratka, izločitev družbe AIG in ponudba novih deležev med zavarovalnicami naj bi privedli do konkurenčne prednosti za družbo Marsh.

140 Na tretjem mestu, Komisija naj bi družbi Marsh dovolila, da svojo ponudbo, ki jo je nezakonito oddala kot samostojni ponudnik brez solidarne odgovornosti, „preoblikuje“ v skupno ponudbo s solidarno odgovornostjo. Ker naj bi zavarovalnice izrecno zavrnile vsakršno solidarno odgovornost in se zavezale le za svoje del pogodbe, naj se Komisija ne bi mogla obrniti na družbo Marsh za „pojasnila“ ali naknadne „popravke“.

141 S tem ko je Komisija sprejela dokumente in bistvene spremembe ponudbe družbe Marsh po odpiranju ponudb, naj bi kršila temeljno pravilo, po katerem se naročilo odda na podlagi ponudb, oddanih v zahtevanih rokih, in ne na podlagi poznejših elementov.

142 Komisija izpodbija stališče tožeče stranke.

143 Na prvem mestu, družba Marsh naj bi nastopila kot posrednik in samostojni ponudnik, in ne kot konzorcij. Zato naj ne bi prišlo do „spremembe konzorcija“.

144 Na drugem mestu, stiki med Komisijo in ponudniki (tako družbo Marsh kot tožečo stranko) pred odločitvijo o oddaji naročila naj bi potekali ob polnem upoštevanju predpisov, ki veljajo na področju javnih naročil. Kar zadeva družbo Marsh, naj bi ti stiki zajemali prošnje za dopolnitev dokazil v zvezi z merili za izbor, za popravek ugotovljenih administrativnih napak in za predložitev pojasnil v zvezi z upoštevanjem nekaterih obveznosti, ki izhajajo iz razpisnih zahtev, kar je povsem v skladu s členoma 158(3) in 160(3) izvedbene uredbe. Pogoji ponudbe družbe Marsh – 100-odstotno kritje tveganj, predvidenih v razpisnih zahtevah, in cena ponudbe – naj se ne bi spremenili.

145 Na tretjem mestu, po oddaji naročila in celo potem, ko sta bila družbi Marsh v podpis poslana dva izvoda osnutka pogodbe, naj bi družba AIG, ki naj bi bila hkrati ena izmed zavarovalnic, ki je prvotno dala družbi Marsh pooblastilo za pogodbo, in zavarovalnica, ki je bila del skupine s tožečo stranko, zavrnili podpis te pogodbe, kot je bila predvidena v razpisnih zahtevah. Vendar v nasprotju s tem, kar naj bi predlagala tožeča stranka, niti Komisija niti družba Marsh nista „izločili“ nobene zavarovalnice. Zavarovalnica naj bi sama zavrnila podpis zavarovalne pogodbe.

146 Komisija navaja, da je morala družba Marsh, ki je ponudbo oddala kot posrednik in samostojni ponudnik, pripraviti praktične ukrepe za izvajanje pogodbe ter razdelitev vlog med različne zavarovalnice za zagotovitev pravilnega izvajanja pogodbe, pri čemer je bilo jasno, da je izključena vsakršna sprememba pogojev njene ponudbe. Družba Marsh naj bi predlagala (in Komisija naj bi sprejela) zamenjavo družbe AIG z drugimi zavarovalnicami, ki so ji že dale pooblastilo, oziroma z dvema novima zavarovalnicama. Zavarovalna pogodba naj bi tako lahko bila podpisana 27. februarja 2014.

147 V zvezi s tem naj bi bilo treba poudariti, da zamenjava družbe AIG ni povzročila sprememb – ki naj bi bile prepovedane na podlagi člena 112(1) finančne uredbe – pogojev naročila ali pogojev prvotne ponudbe družbe Marsh, ker naj bi družba Marsh ponudbo oddala kot samostojni ponudnik, ker naj bi sama izpolnjevala merila za izbor v zvezi z naročilom, ker naj se pogoji njene ponudbe (100-odstotno kritje in cena) ne bi spremenili in ker naj bi bila pogodba, ki jo je podpisala skupaj z zavarovalnicami, v celoti skladna z osnutkom pogodbe, vključenim v razpisne zahteve (in celo enaka temu osnutku).

148 Poleg tega naj bi bilo treba navesti, da naj bi bil celo po podpisu pogodbe in začetku njene veljavnosti ponudnik, ki mu je bilo naročilo oddano, dolžan to pogodbo izvajati v skladu s svojo ponudbo in razpisnimi zahtevami. Če bi ena izmed zavarovalnic, ki so podpisale pogodbo, odstopila ali ne bi izpolnjevala svojih obveznosti, bi moral ponudnik, ki mu je bilo naročilo oddano, Komisiji predlagati drugo možnost, ki ne bi povzročila spremembe njegove ponudbe in razpisnih zahtev. Tožeča stranka naj bi sama v svoji ponudbi predvidela primer zamenjave zavarovalnice, ki je del njene skupine, ko je navedla, da „če bi morala zavarovalnica iz razloga, ki ni odvisen od naše volje, odpovedati polico, bo družba Vandreda storila vse potrebno, da bo kritje lahko zagotovljeno pod prvotno dogovorjenimi pogoji“.

149 Komisija v dupliki v zvezi s trditvami, da naj bi nezakonito spremenila tri vidike ponudbe družbe Marsh (identiteta in deleži zavarovalnic, narava ponudbe), napotuje na odgovor na tožbo, kjer pojasnjuje naslednje. Kar zadeva zamenjavo ene izmed zavarovalnic, naj bi do tega prišlo brez spremembe pogojev ponudbe (100-odstotno kritje, solidarna odgovornost zavarovalnic in cena). Kar zadeva deleže, naj bi izhajali iz notranjih razmerij med zavarovalnicami, ki so družbi Marsh dale pooblastilo za izvajanje pogodbe, ne pa iz samega naročila. Kar zadeva domnevno preoblikovanje samostojne ponudbe brez solidarne odgovornosti v skupno ponudbo s solidarno odgovornostjo, Komisija napotuje na svojo utemeljitev v zvezi z neobstojem preoblikovanja.

150 Člen 112(1) finančne uredbe določa, da med postopkom za oddajo javnega naročila vsi stiki med naročnikom in kandidati ali ponudniki potekajo tako, da sta zagotovljeni preglednost in enako obravnavanje. Ne povzročijo spremembe pogojev naročila ali pogojev prvotne ponudbe.

151 Člen 160 izvedbene uredbe določa, da so stiki med naročnikom in ponudniki med postopkom za oddajo naročila dovoljeni izjemoma. Če je po odpiranju ponudb potrebno kakšno pojasnilo v zvezi s ponudbo ali če je treba v ponudbi popraviti očitne administrativne napake, se lahko naročnik obrne neposredno na ponudnika, pri čemer pa zaradi takih stikov pogoji ponudbe ne smejo biti na noben način spremenjeni.

152 V obravnavani zadevi je iz elementov, preučenih v okviru prvega dela edinega tožbenega razloga, razvidno, da so se stiki med družbo Marsh in Komisijo po odpiranju ponudb nanašali med drugim na pogoj solidarne odgovornosti, ki je bistveni pogoj razpisnih zahtev.

153 Ti stiki so razkrili, da ponudba družbe Marsh z dne 25. oktobra 2013 z vsebinskega vidika ne vsebuje solidarne odgovornosti, predvidene v razpisnih zahtevah, in da se zato za ceno ponudbe te družbe ne more šteti, da je bila določena na osnovah, ki so v skladu z zahtevami naročila.

154 Čeprav bi morala Komisija na podlagi tega takoj sprejeti ukrepe in naročila ne oddati družbi Marsh, zlasti ker je bilo v obravnavani zadevi naročilo oddano ponudbi z najnižjo ceno, je to naročilo oddala. Potem ko je ena zavarovalnica zavrnila prevzem solidarne odgovornosti in podpis zavarovalne pogodbe, sta jo zamenjali dve novi zavarovalnici, deleži so bili preoblikovani, pogodbo pa so podpisale Komisija na eni strani ter družba Marsh in sedem zavarovalnic na drugi strani.

155 Komisija se za utemeljitev svojega stališča sklicuje na obveznost ponudnika, ki mu je bilo naročilo oddano, da v primeru, če ena izmed zavarovalnic, ki so podpisale pogodbo, ne izpolnjuje svojih obveznosti ali odstopi, predlaga drugo možnost, ki ne povzroči spremembe ponudbe in razpisnih zahtev.

156 Dovolj je navesti, da v obravnavani zadevi ne gre za odstop ali neizpolnjevanje obveznosti zavarovalnice po podpisu zavarovalne pogodbe, zaradi katerega ima ponudnik, ki mu je bilo naročilo oddano, dejansko na podlagi pogodbe obveznost najti rešitev za zagotovitev nadaljnjega opravljanja pogodbenih storitev, ampak za odstop, do katerega je prišlo pred podpisom pogodbe, za kar zato veljajo pravila o oddaji javnih naročil.

157 Iz zgornjega izhaja, da so stiki med Komisijo in družbo Marsh v bistvu privedli do bistvene spremembe pogojev prvotne ponudbe družbe Marsh, kar pomeni kršitev pravil, ki se uporabljajo za javna naročila, in zlasti načela enakega obravnavanja ponudnikov.

158 Zato je treba ugotoviti, da je drugi del tožbenega razloga za razglasitev ničnosti prav tako utemeljen.

Ugotovitev v zvezi s predlogom za razglasitev ničnosti

159 Iz vsega zgoraj navedenega izhaja, da je treba temu tožbenemu razlogu ugoditi in zato izpodbijani sklep razglasiti za ničen, ne da bi bilo treba odločiti o tretjem delu tožbenega razloga, ki se nanaša na kršitev načela preglednosti.

Odškodninski zahtevek

160 Tožeča stranka navaja, da je dokazala obstoj nezakonitih ravnanj Komisije, ki posamično ali vsaj skupaj lahko pomenijo dovolj resno kršitev prava Unije.

161 Škoda, ki naj bi jo utrpela tožeča stranka, naj bi zajemala izgubo možnosti, celo gotovosti, da ji bo naročilo oddano, ter izgubo reference in nepremoženjsko škodo.

162 Tožeča stranka meni, da je to škodo mogoče *ex aequo et bono* oceniti na pavšalni znesek 1.000.000 EUR.

163 Očitno naj bi namreč bilo, da bi se lahko upravni postopek, če Komisija ne bi storila nepravilnosti pri oddaji naročila, končal drugače. Če bi Komisija zavrnila ponudbo družbe Marsh, bi bilo namreč naročilo oddano tožeči stranki, saj bi bila edino drugo podjetje, ki je oddalo ponudbo za to naročilo in katerega ponudba je bila skladna z razpisnimi zahtevami.

164 Poleg tega naj ne bi bilo sporno, da bi bilo naročilo v zvezi s pogodbami za zavarovanje pred požarom in povezanih tveganj za stavbe in njihovo vsebino za vse zadevne evropske institucije zelo pomembna referenca za podobne javne razpise. Poleg reference naj bi bila potrdila o ustrezni izvedbi ključnega pomena za fazo tehničnega izbora pri prihodnjih javnih naročilih. Taka potrdila naj bi se sicer zahtevala v tem postopku za oddajo naročila. Očitno naj bi bilo, da je tožeča stranka, ker ji naročilo ni bilo oddano, izgubila ta potrdila o ustrezni izvedbi za to naročilo, ki zajema več evropskih institucij.

165 Nazadnje, dejstvo, da Komisija ni izbrala ponudbe tožeče stranke, čeprav naj bi bila to edina popolna ponudba, oddana v okviru postopka, naj bi bilo v nasprotju z legitimnimi pričakovanji tožeče stranke, da ji bi naročilo oddano, in naj bi ji povzročilo nepremoženjsko škodo.

166 Tožeča stranka v repliki opozarja, da želi predvsem dobiti izvajanje naročila v naravi. Le če tožeča stranka ne bi pridobila izvajanja tega naročila do sodbe Splošnega sodišča, naj bi zahtevala celotno povračilo škode v enakovrednem znesku.

167 Tožeča stranka vztraja, da je že obsežno dokazala nedopustno ravnanje Komisije. Škoda pa naj bi bila dejanska in gotova. Kar zadeva zakonsko možnost preklicati postopek oddaje naročila in začeti nov postopek, naj bi bila glede na okoliščine obravnavane zadeve le teoretična. Verjetnost, da bi tožeča stranka dobila pogodbo, naj bi bila skoraj gotova. S povsem finančnega vidika naj bi bila vrednost te pogodbe za štiriletno obdobje 3.742.000 EUR. Tožeča stranka trdi, da je utrpela nepremoženjsko škodo zaradi izgube reference in ugleda. Tožeča stranka zato trdi, da bi bilo njeno škodo mogoče oceniti na 1.000.000 EUR.

168 Komisija zanika, da je ravnala nezakonito. Podredno trdi, da ni resno in očitno kršila meje svoje diskrecijske pravice. Nasprotno, iz dejanskega stanja v obravnavani zadevi naj bi jasno izhajalo, da je skrbno in povsem v dobri veri storila vse, da je zagotovila, da se v postopku oddaje naročila upoštevajo vsa upoštevna pravila, preverila, da sta prejeti ponudbi v celoti v skladu z razpisnimi zahtevami, in poskrbela, da bi nova zavarovalna pogodba začela veljati pravočasno in zagotavljala 100-odstotno kritje za naročnika.

169 Kar zadeva škodo, naj bi tožeča stranka zelo na kratko omenjala povračilo treh vrst škode, ki naj bi jih domnevno utrpela. Tožeča stranka naj ne bi dokazala, da so te domnevne škode dejanske in gotove.

170 Prvič, kar zadeva izgubo možnosti za pridobitev naročila, naj bi tožeča stranka ne izgubila ničesar, ker njena ponudba ni vsebovala najnižje cene in ker Komisija ni imela nobenega razloga za izločitev ponudbe družbe Marsh ali sklepanje, da ta ni popolna.

171 Drugič, kar zadeva izgubo reference, naj ne bi bilo dejanske in gotove škode v zvezi s tem. Najprej, neobstoj nove reference naj ne bi mogel sam po sebi spremeniti sposobnosti tožeče stranke, da sodeluje pri podobnih prihodnjih naročilih. Nato, ta škoda naj bi bila hipotetična: tožeča stranka naj ne bi mogla trditi, da bi gotovo dobila potrdilo o ustrezni izvedbi, ker naj bi bilo tako potrdilo povezano s pravilnim izvajanjem pogodbe in naj ga ne bi bilo mogoče zagotoviti vnaprej.

172 Tretjič, tožeča stranka naj ne bi opredelila nobene nepremoženjske škode, saj je le trdila, da je bilo to, da ji naročilo ni bilo oddano, v nasprotju z njenimi „legitimnimi pričakovanji“. V preostalem naj naročnik ne bi nikoli pri tožeči stranki vzbudil legitimnega pričakovanja, da ji bo naročilo oddano.

173 Komisija v dupliki navaja, da je tožeča stranka dosegla prekinitev pogodbe in organizacijo postopka s pogajanji, po katerem sta sklenili pogodbo za največ 18 mesecev od 17. februarja 2015. Ti elementi bi se morali upoštevati pri izračunu škode.

174 Skratka, zatrjevane škode naj ne bi bile niti dejanske, niti gotove, niti lastne. Če bi se razpisne zahteve razlagale restriktivno ali če bi bilo treba ponudbo družbe Marsh šteti za skupno, naj ponudbe tožeče stranke ne bi bilo mogoče šteti za veljavno.

175 Poleg tega naj bi Komisija povsem lahko preklicala sporni postopek oddaje javnega naročila.

176 Kar zadeva znesek zatrjevane škode, ga Komisija izpodbija. Zatrjevana izguba dobička naj ne bi bila izguba tožeče stranke, ki je bila le posrednik, ki je deloval za svoj račun.

177 Kar zadeva nepremoženjsko škodo, ki izhaja iz domnevno izjemne narave naročila, Komisija izpodbija to izjemno naravo.

178 V skladu s členom 340, drugi odstavek, PDEU mora Unija v primeru nepogodbene odgovornosti v skladu s splošnimi načeli, ki so skupna pravnim ureditvam držav članic, nadomestiti kakršno koli škodo, ki so jo povzročile njene institucije ali njeni uslužbenci pri opravljanju svojih dolžnosti.

179 V skladu z ustaljeno sodno prakso mora biti za uveljavljanje nepogodbene odgovornosti Unije v smislu zgoraj omenjene določbe zaradi nezakonitega ravnanja njenih organov izpolnjen niz pogojev, in sicer nezakonitost ravnanja, očitanega zadevni instituciji ali organu Unije, dejanskost škode ter obstoj vzročne zveze med zatrjevanim ravnanjem in navedeno škodo (sodbe z dne 29. septembra 1982, Oleifici Mediterranei/EGS, 26/81, Recueil, EU:C:1982:318, točka 16; z dne 9. septembra 2008, FIAMM in drugi/Svet in Komisija, C-120/06 P in C-121/06 P, ZOdl., EU:C:2008:476, točke 106 in od 164 do 166; z dne 9. septembra 2010, Evropaïki Dynamiki/Komisija, T-300/07, ZOdl., EU:T:2010:372, točka 137, in z dne 16. oktobra 2014, Evropaïki Dynamiki/Komisija, T-297/12, EU:T:2014:888, točka 28). Poleg tega se glede pogoja v zvezi z nezakonitim ravnanjem v skladu s sodno prakso zahteva, da se dokaže dovolj resna kršitev pravnega pravila, katerega cilj je podeliti pravice posameznikom. Odločilno merilo, ki dopušča ugotovitev, da je kršitev prava dovolj resna, je to, da sta zadevna institucija ali organ Unije očitno in resno prekoračila omejitve, ki veljajo za njeno diskrecijsko pravico (glej v tem smislu sodbi z dne 4. julija 2000, Bergaderm in Goupil/Komisija, C-352/98 P, Recueil, EU:C:2000:361, točke od 42 do 44, z dne 10. decembra 2002, Komisija/Camar in Tico, C-312/00 P, Recueil, EU:C:2002:736, točka 54, zgoraj v točki 65 navedeno sodbo AFCon Management Consultants in drugi/Komisija, EU:T:2005:107, točka 93, in zgoraj navedeno sodbo Evropaïki Dynamiki/Komisija, EU:T:2014:888, točka 29).

180 Kar zadeva pogoj za uveljavljanje odgovornosti za nezakonitost, je treba poudariti, da je bilo med drugim ugotovljeno, da je Komisija kršila enako obravnavanje ponudnikov. S tem ko je Komisija kršila načelo enakega obravnavanja, katerega spoštovanje je bistveno za zakonitost postopkov oddaje javnih naročil, je kršila pravno pravilo, katerega cilj je podeliti pravice posameznikom (glej v tem smislu zgoraj v točki 65 navedeno sodbo AFCon Management Consultants in drugi/Komisija, EU:T:2005:107, točka 91, in sodbo z dne 2. marca 2010, Arcelor/Parlament in Svet, T-16/04, Recueil, EU:T:2010:54, točka 134).

181 Poleg tega je treba poudariti, da gre v obravnavani zadevi za dovolj resno kršitev. Ker Komisija s tem, ko je končala postopek oddaje javnega naročila z družbo Marsh v okoliščinah, ki so bile opisane zlasti v točkah od 102 do 133 zgoraj in od 151 do 156 zgoraj, je očitno in resno prekoračila meje, ki veljajo za njeno diskrecijsko pravico.

182 Kar zadeva pogoje za uveljavljanje odgovornosti v zvezi z obstojem škode in vzročne zveze med nedopustnim ravnanjem in škodo, Komisija zlasti v zvezi z vzročno zvezo trdi, da če bi se razpisne zahteve razlagale restriktivno ali če bi bilo treba ponudbo družbe Marsh šteti za skupno ponudbo, ponudbe tožeče stranke ne bi bilo mogoče šteti za veljavno.

183 Ta trditev ima dva vidika.

184 Prvič, Komisija s to trditvijo navaja, da bi nerestriktivna razlaga javnega razpisa, ki jo zagovarja in v skladu s katero je ponudba, ki jo posrednik odda kot samostojni ponudnik, sprejemljiva, koristila tudi tožeči stranki, katere ponudbe brez tega nerestriktivnega pristopa domnevno ne bi bilo mogoče šteti za veljavno. Tako bi bila po navedbah Komisije v javnem razpisu v skladu z restriktivno razlago, ki jo zagovarja tožeča stranka, ponudba te stranke vsekakor izločena. Zato naj ne bi mogla obstajati vzročna zveza med nedopustnim ravnanjem Komisije, ki je v resnici koristilo interesom tožeče stranke, in zavrnitvijo ponudbe te stranke.

185 Ta ugovor je treba zavrniti.

186 Če so že namreč (kot je bilo ugotovljeno v okviru preučitve prvega dela edinega tožbenega razloga za razglasitev ničnosti) pogoji in sistematika javnega razpisa izključevali oddajo ponudbe s strani posrednika kot samostojnega ponudnika, pa ti pogoji in sistematika nikakor niso nasprotovali temu, da skupno ponudbo odda skupina, ki jo sestavljata posrednik in ena zavarovalnica.

187 Res je bilo mogoče predvideti, da bi skupna ponudba, zlasti v okviru kritja velikih tveganj – kot v obravnavani zadevi – bolj zanimala več zavarovalnic, ki bi združile svoje moči okrog posrednika, kot pa eno zavarovalnico, ki bi jo zastopal posrednik. Vendar če lahko ta okoliščina eventualno pojasni pogosto uporabo množine („zavarovalnice“) v razpisni dokumentaciji, pa ne more utemeljiti izključitve možnosti, da ponudbo odda skupina, ki jo sestavljata posrednik in ena zavarovalnica.

188 Poleg tega oddaja ponudbe s strani take skupine ni v nasprotju s sistematiko sistema, vzpostavljenega z javnim razpisom. Jasno je namreč, da se v primeru skupne ponudbe – ne glede na to, ali jo odda ena ali več zavarovalnic, ki jo oziroma jih zastopa posrednik – informacije, ki jih je treba predložiti v okviru javnega razpisa, nanašajo na vsakega člana skupine, kar je očitno drugače kot v primeru ponudbe, ki jo odda posrednik kot samostojni ponudnik.

189 Dalje, ugotoviti je treba, da bi bila razlaga razpisnih zahtev, po kateri bi bila izključena oddaja skupne ponudbe s strani skupine, ki jo sestavlja ena zavarovalnica, ki jo zastopa posrednik, medtem ko je dovoljena oddaja ponudbe s strani zavarovalnice kot samostojnega ponudnika ali skupne ponudbe s strani skupine, ki jo sestavljata dve zavarovalnici, ki ju zastopa posrednik, brez vsakršne objektivne utemeljitve v nasprotju z načelom enakega obravnavanja.

190 Komisija v dupliki pojasnjuje, da je ob pripravi razpisnih zahtev pričakovala, da bo prejela ponudbe samo ene zavarovalnice ali več zavarovalnic, združenih v konzorcij, ki bi jih zastopala ali ne vodilna zavarovalnica ali posrednik. Vendar ne utemeljuje, še manj pa prepričljivo, kako bi oddaja skupne ponudbe s strani ene zavarovalnice in posrednika presegla napovedi javnega razpisa.

191 Nazadnje in za dodatno pojasnitev je treba poudariti, da v okviru skupnih ponudb člen 5.1, tretji odstavek, tehničnih specifikacij v zvezi s podpisom zavarovalne pogodbe določa, da „[č]e ponudbo odda več solidarno odgovornih zavarovalnic, ki delujejo kot konzorcij in jih zastopa posrednik, pogodbo v primeru oddaje naročila skupaj podpišejo vsaka zavarovalnica in posrednik“. Ta določba nato določa še, da se „[v] tem primeru […] zavarovalnica oziroma zavarovalnice prav tako zavezujejo, da bo naročnik v celoti zavarovan (100-odstotno kritje) brez prekinitve med celotnim trajanjem pogodbe“ in da bo „[p]osrednika […] neposredno plačala zavarovalnica oziroma zavarovalnice“. Poleg tega je v tehničnih specifikacijah izraz „izvajalec“ opredeljen kot „zavarovalna družba ali podjetje, pri kateri se pogodba sklene in ki je določeno v ta namen pod posebnimi pogoji“.

192 Ta uporaba ednine („zavarovalnica oziroma zavarovalnice“, „zavarovalna družba ali podjetje“) potrjuje že zadostne preudarke, predstavljene v točkah od 185 do 190 zgoraj, v skladu s katerimi javni razpis ne izključuje, da skupno ponudbo odda skupina, ki jo sestavljata posrednik in samo ena zavarovalnica.

193 Drugič, v skladu z utemeljitvijo, predstavljeno v točki 179 zgoraj, ponudbe tožeče stranke – če bi bilo treba ponudbo družbe Marsh šteti za skupno ponudbo – ne bi bilo mogoče šteti za veljavno, saj naj bi ista zavarovalnica (AIG) hkrati sodelovala pri obeh ponudbah.

194 Neodvisno od dejstva, da nikakor ni dokazano, da bi primer, ki ga je predvidela Komisija, v okoliščinah obravnavane zadeve samodejno imel zatrjevane posledice (glej v tem smislu in po analogiji sodbe z dne 19. maja 2009, Assitur, C-538/07, ZOdl., EU:C:2009:317, točka 30; z dne 23. decembra 2009, Serrantoni in Consorzio stabile edili, C-376/08, ZOdl., EU:C:2009:808, točke od 38 do 42 in 46 ter izrek, in z dne 13. decembra 2012, Forposta in ABC Direct Contact, C-465/11, ZOdl., EU:C:2012:801, točka 14), je treba ugotoviti, da ta primer ne ustreza resničnosti. Ponudba družbe Marsh namreč ni skupna ponudba, ampak ponudba posrednika kot samostojnega ponudnika, ki zato ni v skladu z razpisnimi zahtevami in bi jo morala Komisija na podlagi tega in iz razlogov, predstavljenih v okviru preučitve prvega dela tožbenega razloga za razglasitev ničnosti, razglasiti za neveljavno. Trditev Komisije je zato treba zavrniti.

195 Poleg zgoraj navedenega Komisija trdi, da zatrjevane škode niso dejanske, gotove in lastne tožeči stranki ter, podredno, da bi bilo treba upoštevati prekinitev pogodbe z družbo Marsh in sklenitev nadomestne pogodbe s tožečo stranko.

196 Na prvem mestu, glede zatrjevane izgube možnosti za pridobitev naročila je treba poudariti, da je Komisija ugotovila popolnost ponudbe tožeče stranke, da je bila to edina ponudba poleg ponudbe družbe Marsh in da je bila zavrnjena v korist ponudbe družbe Marsh, ker je slednja vsebovala najnižjo ceno.

197 Iz tega sledi, da če bi bilo za ponudbo družbe Marsh ugotovljeno, da ni popolna, ker jo je v nasprotju z zahtevami javnega razpisa oddal posrednik kot samostojni ponudnik, ali celo če bi bilo ugotovljeno, da ta ponudba ni popolna, ker ne vsebuje solidarne odgovornosti ponujenih zavarovalnic, bi bila tožeča stranka v zelo dobrem položaju, da pridobi naročilo.

198 Komisija sicer tega resno ne zanika. Znova le zatrjuje, da ni ravnala nezakonito, sklicuje se na trditve, ki so bile že zavrnjene v točkah od 184 do 194 zgoraj, in opozarja, da bi vsekakor lahko preklicala sporni postopek oddaje naročila in začela nov postopek, kar bi pripeljalo do tega, da tožeča stranka nikakor ne bi bila prepričana, da bo dobila sporno naročilo.

199 V zvezi s to zadnjo točko je treba poudariti, da čeprav je res, da lahko naročnik kadar koli pred podpisom pogodbe odstopi od naročila ali prekliče postopek za oddajo naročila, ne da bi bili kandidati ali ponudniki upravičeni zahtevati odškodnino (člen 114 finančne uredbe), to ne spremeni dejstva, da se ta primera odstopa od naročila oziroma preklica postopka nista uresničila ter da so bile v okoliščinah obravnavane zadeve možnosti tožeče stranke, da pridobi naročilo, če Komisija ne bi ravnala nezakonito, zelo velike.

200 Glede na vse okoliščine obravnavane zadeve se zdi mogoče možnosti, ki jih je tožeča stranka imela za pridobitev naročila, če Komisija ne bi ravnala nezakonito, oceniti na 90 %.

201 Tožeča stranka v tožbi meni, da je njeno skupno škodo ob upoštevanju izgube možnosti, izgube reference in nepremoženjske škode mogoče *ex aequo et bono* oceniti na 1.000.000 EUR.

202 Tožeča stranka tega zneska ni razčlenila na tri zatrjevane škode, vendar kot referenčno vrednost omenja vrednost pogodbe, ki je ni dobila, to je 3.742.300 EUR, pri čemer pojasnjuje, da je ta vrednost letna cena, navedena v ponudbi (935.574 EUR/leto), pomnožena s štirimi leti, kolikor bi trajala pogodba. Tožeča stranka poudarja obseg nepremoženjske škode glede na velikost naročila v vrednosti („več milijonov“) in trajanju (štiri leta).

203 Komisija, ki izhaja iz premise, da naj bi bil zahtevani znesek izračunan glede na letno vrednost naročila, trdi, da ta znesek, ki znaša približno toliko kot ta letna vrednost, nujno vključuje plačilo družbe AIG in da zato le v omejenem obsegu ustreza plačilu tožeče stranke. Komisija zato izpodbija ta znesek in navaja, da tožeča stranka to tožbo vlaga le v svojem imenu in da zato lahko zahteva povračilo le za lastno škodo.

204 Komisija poleg tega izpodbija škodo, ki izhaja iz izgube reference. Komisija meni, da neobstoj nove reference ne bi mogel sam po sebi spremeniti sposobnosti tožeče stranke, da sodeluje pri podobnih poznejših naročilih. Izguba potrdil o ustrezni izvedbi naj bi bila po definiciji odvisna od pravilnega izvajanja pogodbe. Zatrjevana nepremoženjska škoda pa naj ne bi bila dejanska in gotova.

205 Najprej, navesti je treba, da premiso, na katero Komisija opira prvi ugovor, omenjen v točki 203 zgoraj, izpodbijajo elementi iz spisa, vloženega pri Splošnem sodišču. Iz vlog tožeče stranke je namreč razvidno, da zahtevani znesek ni izračunan glede na letno vrednost naročila, ampak glede na skupno vrednost naročila za štiriletno obdobje. To jasno izhaja iz povezave, ki jo je tožeča stranka izvedla med zahtevanim zneskom in zadnjenavedeno vrednostjo, ter iz sklicevanja na naročilo, ki vključuje štiriletno trajanje in je vredno več milijonov EUR (glej točko 202 zgoraj).

206 Dalje, ker ta zahtevani znesek ustreza le malo več kot eni četrtini vrednosti naročila za štiriletno obdobje in ker se tožeča stranka poleg tega sklicuje na skoraj gotovo izgubo možnosti za pridobitev naročila, ta zahtevani znesek logično lahko ustreza le škodi, za katero ta stranka trdi, da jo je utrpela sama. V nasprotnem primeru naj bi tožeča stranka, ki meni, da je skoraj gotovo izgubila možnost za pridobitev naročila, zase in za zavarovalnico logično zahtevala precej višji znesek odškodnine glede na vrednost naročila za štiriletno obdobje.

207 Dalje, kar zadeva vprašanje, ali se je tožeča stranka pri izračunu škode pravilno sklicevala na štiriletno trajanje naročila, je treba poudariti, da je v razpisu za oddajo javnega naročila navedeno, da naročilo traja 48 mesecev (točka II.3 razpisa za oddajo javnega naročila, točka 4 sklopa št. 1).V istem smislu je določeno, da bo naslednji razpis za oddajo javnega naročila objavljen 36 mesecev po oddaji naročila (točka VI.1 razpisa za oddajo javnega naročila). Kar zadeva osnutek pogodbe o opravljanju storitev, priložen povabilu k oddaji ponudbe, je v njem navedeno, da se „[p]ogodba […] sklene za obdobje 12 mesecev“ (člen I.2.3 osnutka pogodbe) ter da se „[p]ogodba […] tiho podaljša največ trikrat, vsakič za obdobje 12 mesecev […], razen če naročnik izvajalca obvesti, da pogodbe ne bo podaljšal, in če je izvajalec o tem obveščen šest mesecev pred dokončanjem nalog iz preteklega obdobja“ (člen I.2.4 osnutka pogodbe). Poleg tega je bil v osnutku pogodbe omenjen pregled cen in letne premije

z navedbami „prvo leto izvajanja pogodbe“, „drugo leto izvajanja pogodbe“ in „vsako leto izvajanja pogodbe“ (člen I.3.2 osnutka pogodbe). Tehnične specifikacije so vsebovale enake določbe (glej točko 9.2 tehničnih specifikacij).

208 Iz povezane razlage teh določb izhaja, da se je tožeča stranka v tožbi upravičeno sklicevala na celotno trajanje naročila za utemeljitev svojega odškodninskega zahtevka, saj gre za štiriletno naročilo, ki zajema kvečjemu možnost letnega nepodaljšanja, ki jo ima le naročnik, in to pod nekaterimi strogimi postopkovnimi pogoji. Zato bi bilo vseeno treba pri določitvi odškodnine upoštevati negotovost, ki izhaja iz te možnosti letnega nepodaljšanja.

209 Poleg tega je treba poudariti, da iz vlog tožeče stranke ni razvidno, da je ta pri zmanjšanju svojega odškodninskega zahtevka upoštevala stroške izvajanja pogodbe, ki bi jih imela, če bi dobila naročilo. Na podlagi elementov iz spisa teh stroškov ni mogoče določiti. Dalje, čeprav je iz besedila tožbe upravičeno sklepati, da tožeča stranka zahteva odškodnino le za lastno škodo, spis ne vsebuje nobenega elementa, s katerim bi bilo mogoče preveriti delež tožeče stranke v skupni vrednosti naročila.

210 Poleg tega je treba navesti še, da čeprav je tožeča stranka leta 2014 res izgubila možnost pridobiti štiriletno naročilo, pa je 17. februarja 2015, to je približno enajst mesecev in dva tedna po začetku veljavnosti sporne pogodbe, pridobila naročilo za zavarovanje, ki je bilo predmet postopka s pogajanji, ki ga je Komisija začela na podlagi zgoraj v točki 33 navedenega sklepa Vanbreda Risk & Benefits/Komisija (EU:T:2014:1024). Prav tako je treba poudariti, kot trdi tožeča stranka, da je bila zadnjenavedena pogodba sklenjena za največ 18 mesecev, to je do 17. avgusta 2016, medtem ko bi se pogodba, ki je predmet tega spora, normalno iztekla marca 2018.

211 Tudi te okoliščine lahko vplivajo na znesek škode, ki jo je utrpela tožeča stranka, ki sicer sama v vlogah navaja, da je njen zahtevek za povračilo škode v enakovrednem znesku upravičen le, če na podlagi predloga ne bo pridobila izvajanja naročila v naravi, ter da bo treba škodo, če tako izvajanje pridobi z zamudo, izračunati glede na to zamudo.

212 Iz navedenega izhaja, da čeprav je v zvezi z izgubo možnosti za pridobitev naročila obstoj popravljive škode načeloma zadostno dokazan, zneska te škode ni mogoče zadostno določiti glede na stanje, da bi lahko Splošno sodišče bodisi odločilo na podlagi zneska, ki ga zahteva tožeča stranka, bodisi določilo drugačen znesek.

213 Na drugem mestu, v zvezi z izgubo reference, ki po mnenju tožeče stranke zajema izgubo potrdil o ustrezni izvedbi, je treba takoj zavrniti ta odškodninski zahtevek v delu, ki se nanaša na taka potrdila. Izdaja teh potrdil namreč ni odvisna od oddaje naročila, ampak od prihodnje in hipotetične okoliščine, da se to naročilo pravilno izvaja.

214 Nasprotno, kar zadeva reference o oddaji naročila, ki bi *de facto* izhajale iz tega, da bi bilo naročilo oddano tožeči stranki, ni mogoče zanikati, da je tožeča stranka v enakem obsegu, kot velja za izgubo možnosti za pridobitev naročila, izgubila možnost za take reference. Vendar tudi v zvezi s tem Splošno sodišče nima na voljo zadostnih elementov, da bi v okviru zneska, ki ga zahteva tožeča stranka, določilo del, ki izhaja iz izgube možnosti za pridobitev naročila, in del, ki izhaja iz izgube možnosti za pridobitev referenc.

215 Na tretjem mestu, kar zadeva nepremoženjsko škodo, ki naj bi izhajala iz tega, da je Komisija v nasprotju z legitimnimi pričakovanji tožeče stranke, ki je oddala edino popolno ponudbo, naročilo oddala tretji osebi, Komisija trdi, da se tožeča stranka sklicuje le na nezakonitost njenega ravnanja in da ni nikoli legitimno pričakovala, da ji bo naročilo oddano. Tožeča stranka v repliki ne odgovarja na to zadnjo trditev, ampak nepremoženjsko škodo enači z izgubo reference in ugleda.

216 Poudariti je treba, da ni Komisija pri tožeči stranki nikoli vzbudila legitimnih pričakovanj v zvezi s pridobitvijo pogodbe. Kar zadeva nepremoženjsko škodo, ki naj bi izhajala iz nezakonitosti izpodbijanega sklepa, je v skladu z ustaljeno sodno prakso taka škoda načeloma zadostno popravljena, ko sodišče ugotovi navedeno nezakonitost (glej v tem smislu sodbo z dne 6. junija 2006, Girardot/Komisija, T-10/02, ZOdl. JU, EU:T:2006:148, točka 131). Zatrjevana nepremoženjska škoda, ki naj bi izhajala iz izgube referenc in ugleda, se delno prekriva z izgubo referenc, ki je že bila preučena zgoraj, kar pa zadeva izgubo ugleda, ta ni dejanska in gotova.

217 Ob upoštevanju zgornjih preudarkov, iz katerih izhaja, da Splošno sodišče, ki sicer lahko opredeli nekatere točke v zvezi z odškodninskim zahtevkom, nima zadostnih elementov, da potrdi zahtevani znesek ali samo določi znesek utrpljene škode, je treba ugoditi odškodninskemu zahtevku tožeče stranke v delu, ki se nanaša na odškodnino za izgubo možnosti za pridobitev spornega naročila in pridobitev ustreznih referenc o oddaji naročila, ter ga zavrniti v preostalem. Kar zadeva znesek odškodnine na podlagi izgube možnosti, je treba s pridržkom poznejše odločitve Splošnega sodišča stranki pozvati, naj se dogovorita o tem znesku z vidika obrazložitve te sodbe in mu v šestih mesecih od datuma izreka te sodbe predložita znesek za plačilo, ki ga bosta določili soglasno, ali če tega soglasja ne bosta dosegli, da mu v istem roku predložita predloge zneskov skupaj s potrebnimi utemeljitvami, da bo Splošno sodišče lahko presodilo njihovo utemeljenost.

Stroški

218 Odločitev o stroških se pridrži.

Iz teh razlogov je

SPLOŠNO SODIŠČE (šesti senat)

razsodilo:

1. **Sklep z dne 30. januarja 2014, s katerim je Komisija zavrnila ponudbo, ki jo je družba Vanbreda Risk & Benefits oddala za sklop št. 1 v okviru javnega razpisa OIB.DR.2/PO/2013/062/591 v zvezi z zavarovanjem premoženja in oseb (UL 2013/S 155-269617), in ta sklop oddala drugi družbi, se razglasi za ničen.**

2. **Evropska unija mora povrniti škodo, ki jo je družba Vanbreda Risk & Benefit utrpela zaradi izgube možnosti za pridobitev zgoraj navedenega naročila in ustreznih referenc o oddaji naročila.**

3. **Odškodninski zahtevek se v preostalem zavrne.**

4. **Stranki bosta Splošnemu sodišču v šestih mesecih od izreka te sodbe predložili soglasno določen znesek odškodnine, dolgovane za povračilo te škode.**

5. **Če stranki soglasja ne bosta dosegli, bosta Splošnemu sodišču v istem roku predložili predloge zneskov.**

6. **Odločitev o stroških se pridrži.**

Frimodt Nielsen Dehousse Collins

Razglašeno na javni obravnavi v Luxembourgu, 29. oktobra 2015.

Podpisi

Kazalo

Dejansko stanje 1

Postopek in nova dejstva med postopkom 4

Pravo 6

Predlog za razglasitev ničnosti 6

Prvi del tožbenega razloga: kršitev načela enakega obravnavanja ponudnikov, členov 111(5) in 113(1) finančne uredbe, členov 146(1) in (2), 149(1) in 158(1) in (3) izvedbene uredbe ter razpisnih zahtev .. 6

– Dopustnost nekaterih trditev, navedenih v repliki 8

– Nezakonitost sodelovanja družbe Marsh kot posrednika in samostojnega ponudnika na javnem razpisu 9

– Kršitev enakega obravnavanja ob dopisovanju med Komisijo in družbo Marsh po odprtju ponudb 13

Drugi del tožbenega razloga: kršitev načela enakega obravnavanja zaradi spremembe ponudbe družbe Marsh po odpiranju ponudb 19

Ugotovitev v zvezi s predlogom za razglasitev ničnosti 22

Odškodninski zahtevek 22

Stroški 28