Rättsfallssamlingen

,TRIBUNALENS DOM (sjätte avdelningen)

den 29 oktober 2015 *

”Offentlig upphandling av tjänster — Anbudsförfarande — Tillhandahållande av försäkringstjänster avseende egendom och person — En anbudsgivares anbud förkastas — Tilldelning av kontraktet till en annan anbudsgivare — Likabehandling — Tillräckligt klar överträdelse av en rättsregel som ger enskilda rättigheter — Utomobligatoriskt skadeståndsansvar — Förlorad möjlighet — Mellandom”

I mål T-199/14,

Vanbreda Risk & Benefits, Antwerpen (Belgien), företrätt inledningsvis av advokaterna P. Teerlinck och P. de Bandt därefter av advokaterna P. Teerlinck, P. de Bandt och M. Gherghinaru,

sökande,

mot

Europeiska kommissionen, företrädd av S. Delaude och L. Cappelletti, båda i egenskap av ombud,

svarande,

angående en talan, dels om ogiltigförklaring av kommissionens beslut av den 30 januari 2014 att förkasta det anbud som sökanden lämnat avseende del 1 i anbudsförfarande OIB.DR.2/PO/2013/062/591 om försäkring av egendom och personer (JO 2013/S 155-269617), och att tilldela ett annat bolag detta kontrakt, dels en talan om skadestånd,

meddelar

TRIBUNALEN (sjätte avdelningen),

sammansatt av ordföranden S. Frimodt Nielsen, samt domarna F. Dehousse (referent) och A. M. Collins,

justitiesekreterare: handläggaren S. Bukšek-Tomac,

efter förhandlingen den 3 juni 2015,

följande

* Rättegångsspråk: franska.

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Den 10 augusti 2013 offentliggjorde Europeiska kommissionen en anbudsinfordran i tillägg till *Europeiska unionens officiella tidning* (EUT 2013, S 155-269617) med referens OIB.DR.2/PO/2013/062/591. Anbudsinfordran avsåg ett offentligt kontrakt om försäkring av egendom och personer som var uppdelat i fyra delar.

2 Del 1, den enda del som berörs av förevarande talan, avsåg försäkring – från och med den 1 mars 2014 – av byggnader och deras innanmäte åt kommissionen och flera andra av Europeiska unionens institutioner och organ.

3 Utöver meddelandet om upphandling omfattade anbudsinfordran avseende del 1 ett förfrågningsunderlag bestående av en inbjudan att lämna anbud med bilagda tekniska specifikationer (bilaga I), en förteckning över byggnaderna (bilaga I.1), skadestatistik (bilaga I.2), ekonomisk anbudsblankett (bilaga II), utkast till tjänstekontrakt (bilaga III) och frågeformuläret ”Identifiering – Uteslutning – Urval” (bilaga IV) (nedan kallat frågeformuläret).

4 I meddelandet om upphandling angavs att det rörde sig om ett öppet förfarande och att kontraktstilldelningen skulle baseras på det lägsta priset bland de anbud som uppfyllde kravspecifikationerna.

5 Frågan om solidariskt ansvar, för det fall att flera försäkringsgivare skulle vara delaktiga i kontraktets genomförande, togs upp på följande vis.

6 I meddelandet om upphandling angavs, för det fall att kontraktet tilldelades en grupp ekonomiska aktörer, att samtliga parter i gruppen skulle ha ett ”solidariskt ... ansvar för genomförandet av kontraktet” (punkt III.1.3 i meddelandet om upphandling).

7 I artikel 5.1 i de tekniska specifikationerna angavs följande:

”Om anbud lämnas av ett konsortium av flera solidariskt ansvariga försäkringsgivare eller av ett konsortium av flera försäkringsgivare som företräds av en ledande, solidariskt ansvarig försäkringsgivare, ska kontraktet, om detta tilldelas ett sådant konsortium, undertecknas av var och en av försäkringsgivarna. I ett sådant fall ska anbudsgivaren garantera att den upphandlande myndigheten är fullt försäkrad (100 procent försäkringsskydd) utan avbrott under hela kontraktstiden …

Om anbud lämnas av ett konsortium av flera solidariskt ansvariga försäkringsgivare som företräds av en försäkringsmäklare, ska kontraktet, om detta tilldelas ett sådant konsortium, undertecknas gemensamt av var och en av försäkringsgivarna och av försäkringsmäklaren. I ett sådant fall sak försäkringsgivaren eller försäkringsgivarna även förbinda sig att garantera att den upphandlande myndigheten är fullt försäkrad (100 procent försäkringsskydd) utan avbrott under hela kontraktsperioden …”

8 I utkastet till tjänstekontrakt angavs följande efter den del som avsåg parternas identitet: ”Ovan angivna parter, nedan gemensamt kallade avtalsparten, ska vara … solidariskt ansvariga för kontraktets genomförande i förhållande till den upphandlande myndigheten.”

9 I anbudsinfordran angavs att varje anbud skulle åtföljas av ett av anbudsgivaren vederbörligen ifyllt frågeformulär (punkt 2.1.2 åttonde strecksatsen i anbudsinfordran). I avsnitt 1 i detta frågeformulär (formulär avseende anbudsgivarens identitet) gjordes en skillnad beroende på om anbudsgivaren handlade ”i egenskap av part i en grupp” eller i egenskap av ”enda anbudsgivare”.

10 I avsnitt 3 i frågeformuläret fanns ett ”formulär avseende gemensamma anbud”, vilket ”endast [skulle] fyllas i om anbudet [var] ett gemensamt anbud”.

11 I fråga 5 och delfråga 5.1. i det sistnämnda formuläret angavs att ”ett gemensamt anbud [skulle] åtföljas av uppdragsavtal/fullmakt, som [skulle] upprättas i enlighet med nedanstående mall och undertecknas av de lagstadgade företrädarna för samtliga parter i det gemensamma anbudet. Av uppdragsavtalet/fullmakten [skulle] det bland annat framgå att samtliga parter i det gemensamma anbudet [var] solidariskt ansvariga för kontraktets genomförande.”

12 I uppdragsavtalet/fullmakten angavs att ”samtliga parter i gruppen i egenskap av avtalsparter ska vara solidariskt ansvariga för kontraktets genomförande i förhållande till den upphandlande myndigheten”. Det angavs även att samtliga dessa medlemmar ”ska iaktta villkoren i kontraktet och se till att deras respektive del av tjänsterna utförs väl, så som anges i förfrågningsunderlaget och avtalspartens anbud”.

13 När anbuden öppnades, den 31 oktober 2013, bestyrkte öppningskommittén att den mottagit två anbud för del 1. Det ena anbudet kom från sökanden, Vanbreda Risk & Benefits, och det andra från bolaget Marsh.

14 Den 8 november 2013 framhöll sökanden i en skrivelse till kommissionen att det vid bedömningen av ett anbuds förenlighet var viktigt med ”undertecknade handlingar av vilka framgår att försäkringsgivarna, för det fallet att anbud lämnas med flera försäkringsgivare, förbinder sig att bära ett oinskränkt solidariskt ansvar”. Såvitt sökanden hade erfarit vägrade nämligen AIG Europe Limited (nedan kallat AIG), vilket ingick i Marsh konsortium, i princip att göra ett solidariskt åtagande. Följaktligen var det i det närmaste säkert att Marsh anbud inte kunde uppfylla de materiella och formella kraven i förfrågningsunderlaget.

15 Genom skrivelse av den 4 december 2013 svarade kommissionen i detta avseende att den inte kunde lämna ut några uppgifter, eftersom bedömningen av anbuden fortfarande pågick.

16 I utvärderingsprotokollet av den 13 januari 2014 beslutade utvärderingskommittén att anbuden från sökanden och från Marsh kunde antas till den ekonomiska bedömningen och fann att Marsh anbud hamnade på första plats, med ett årligt pris på 771 076,03 euro. Sökandens anbud hamnade på andra plats, med ett årligt pris på 935 573,58 euro. Utvärderingskommittén beslutade således att föreslå att kontraktet avseende del 1 skulle tilldelas Marsh.

17 Den 28 januari 2014 beslutade kommissionen att tilldela Marsh kontraktet.

18 Genom skrivelse av den 30 januari 2014 (nedan kallad det angripna beslutet) underrättade kommissionen sökanden om att sökandens anbud för del 1 inte hade antagits, eftersom sökanden inte hade erbjudit det lägsta priset.

19 Genom e-postmeddelande av den 31 januari 2014 och skrivelse av den 3 februari 2014 begärde sökanden att kommissionen skulle lämna ut hela tilldelningsrapporten och kopior av undertecknade handlingar av vilka framgick, för det fall att anbudet omfattade flera försäkringsgivare, att dessa tog på sig ett oinskränkt solidariskt ansvar i enlighet med förfrågningsunderlaget. Sökanden framhöll att detta krav angavs på sidan 8 i bilaga IV till anbudsinfordran.

20 Genom skrivelse av den 7 februari 2014 upprepade sökanden sin begäran. Sökanden ifrågasatte huruvida Marsh anbud var förenligt med förfrågningsunderlaget, eftersom minst en av parterna i anbudet inte hade undertecknat den erforderliga mallen för uppdragsavtal/fullmakt. Sökanden framhöll att detta ändå utgjorde en väsentlig aspekt av kontraktet och att sökanden själv hade lämnat ett anbud som byggde på ett försäkringsupplägg som i alla delar uppfyllde kraven i förfrågningsunderlaget, däribland den väsentliga frågan om solidariskt ansvar. De enda anbud som kunde anses uppfylla kraven var anbud i vilka det endast förekom ett försäkringsbolag (som täckte

risken till 100 procent) och anbud i vilka det förekom flera försäkringsgivare som alla hade förklarat sig ömsesidigt solidariska när anbudet lämnades. Sökanden begärde att kommissionen skulle ompröva beslutet att tilldela Marsh kontraktet mot bakgrund av denna omständighet och att avvakta med att underteckna kontraktet.

21 Genom skrivelse av den 7 februari 2014 besvarade kommissionen e-postmeddelandet av den 31 januari 2014. Kommissionen angav att den enligt gällande bestämmelser endast kunde låta sökanden ta del av ”egenskaperna hos och fördelarna med det utvalda anbudet samt namnet på den som tilldelats kontraktet”. Kommissionen angav även att tilldelningen av kontraktet för del 1 hade baserats på det anbud som till det lägsta priset var förenligt med kravspecifikationerna, således det anbud som hade lämnats av Marsh.

22 Genom skrivelse av den 11 februari 2014 framförde sökanden kritik mot detta svar som inte besvarade sökandens frågor. Sökanden upprepade sin begäran om tillgång till de tidigare begärda uppgifterna.

23 Genom skrivelse av den 21 februari 2014 anförde sökanden sin förvissning om att kommissionen inte hade förfogat över uppdragsavtal/fullmakt från alla försäkringsgivare som ingick i Marsh anbud från den tidpunkt då anbuden lämnades in, vilket innebar att detta anbud inte var förenligt med kravspecifikationerna och borde ha förkastats. Sökanden uppmanade kommissionen att ompröva tilldelningsbeslutet och att avvakta med att underteckna kontraktet med Marsh.

24 Genom skrivelse av samma datum svarade kommissionen att samtliga punkter som sökanden uttryckt farhågor om hade prövats i vederbörlig ordning under hela bedömningen av anbuden, att anbuden hade funnits uppfylla kraven och att kontraktet följaktligen hade tilldelats det anbud som hade det lägsta priset. Kommissionen översände inte någon av de handlingar som sökanden hade begärt.

25 Efter två nya e-postmeddelanden av den 25 och den 28 februari 2014 inkom sökanden den 14 mars 2014 till kommissionen med en begäran om tillgång till handlingar med stöd av Europaparlamentets och rådets förordning nr 1049/2001 av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar (EGT L 145, s. 331).

Förfarandet och under förfarandet inträffade förändringar i processmaterialet

26 Genom handlingar som inkom till tribunalens kansli den 28 mars 2014 väckte sökanden förevarande talan om ogiltigförklaring av det angripna beslutet och ansökte om interimistiska åtgärder i form av uppskov med verkställigheten av det angripna beslutet och förordnande om att kommissionen ska lämna ut handlingarna.

27 Genom beslut av den 3 april 2014, vilket fattades med anledning av ansökan om interimistiska åtgärder, beslutade tribunalens ordförande att förordna om uppskov med verkställigheten av det angripna beslutet och av kontraktet med Marsh och försäkringsgivarna samt att förordna om att handlingar skulle företes i det interimistiska förfarandet.

28 Genom beslut av den 10 april 2014, vilket fattades efter det att kommissionen hade yttrat sig över ansökan om interimistiska åtgärder, beslutade tribunalens ordförande att med retroaktiv verkan från den 3 april 2014 skjuta upp punkten i avgörandet av den 3 april 2014 avseende uppskov med verkställigheten av det angripna beslutet och av kontraktet med Marsh och försäkringsgivarna.

29 Genom beslut av den 30 juli 2014, Vanbreda/kommissionen (T-199/14), vilket meddelades inom ramen för förevarande talan, begärde tribunalen att kommissionen skulle förete vissa handlingar som enligt kommissionen innehöll sekretessbelagda uppgifter och angav att dessa handlingar enligt artikel 67.3 i tribunalens rättegångsregler av den 2 maj 1991 inte skulle delges sökanden i detta skede.

30 Den 8 augusti 2014 företedde kommissionen handlingarna i fråga, varefter tribunalen, som en åtgärd för processledning som den 11 september 2014 riktades till kommissionen, anmodade denna att inge versioner av vissa av nämnda handlingar där det tydligt var markerat, genom överstrykning, vilka delar som kommissionen ansåg vara konfidentiella.

31 Kommissionen efterkom denna anmodan genom skrivelse av den 29 september 2014.

32 Sökanden hade inga invändningar mot kommissionens begäran om konfidentiell behandling, och därmed avlägsnade tribunalen de konfidentiella handlingar som företetts i bilaga till skrivelsen av den 8 augusti 2014 från handlingarna i målet.

33 Genom beslut om interimistiska åtgärder av den 4 december 2014, Vanbreda Risk & Benefits/kommissionen (T-199/14 R, REU (utdrag), EU:T:2014:1024), beslutade tribunalens ordförande om uppskov med verkställigheten av det angripna beslutet vad beträffar tilldelningen av del 1 (punkt 1 i beslutsdelen), angav att verkningarna av detta beslut skulle bestå till dess att tiden för överklagande av tribunalens beslut hade löpt ut (punkt 2 i beslutsdelen) – det vill säga till klockan 24.00 den 16 februari 2015 – och lät frågan om rättegångskostnader anstå.

34 Sökanden har yrkat att tribunalen ska

— ogiltigförklara det angripna beslutet, genom vilket kommissionen beslutade att inte anta sökandens anbud för del 1 och att tilldela Marsh kontraktet för den delen,

— fastställa unionens utomobligatoriska ansvar och förplikta den att till sökanden erlägga 1 000 000 euro i ersättning för den förlorade möjligheten att tilldelas kontraktet, den förlorade referensen och den ideella skada som sökanden lidit,

— under alla omständigheter, förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna, däribland de advokatkostnader som preliminärt fastställts till 50 000 euro.

35 Kommissionen har yrkat att tribunalen ska

— ogilla yrkandet om ogiltigförklaring,

— ogilla yrkandet om skadestånd,

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna i förevarande mål och i det interimistiska förfarandet.

36 Med anledning av beslut Vanbreda Risk & Benefits/kommissionen, punkt 33 ovan (EU:T:2014:1024), inledde kommissionen ett förhandlat upphandlingsförfarande, på grundval av artikel 134.1 c i kommissionens delegerade förordning (EU) nr 1268/2012 av den 29 oktober 2012 om tillämpningsföreskrifter för Europaparlamentets och rådets förordning (EU, Euratom) nr 966/2012 om finansiella regler för unionens allmänna budget (EUT L 362, s. 1, nedan kallad tillämpningsförordningen). Avsikten var att ingå ett försäkringskontrakt som skulle kunna träda i kraft den 17 februari 2015 klockan 00.00. Kommissionen överklagade vidare detta beslut (C-35/15 P).

37 Genom skrivelse av den 13 februari 2015 underrättade kommissionen Marsh om att det gällande kontraktet skulle upphöra den 16 februari 2015 vid midnatt.

38 Kommissionen erhöll ett enda anbud i det förhandlade förfarandet. Anbudet lämnades av sökanden i grupp med försäkringsgivaren AIG. Kommissionen godtog detta anbud och undertecknade ett försäkringskontrakt som trädde i kraft den 17 februari 2015 kl. 00.00.

39 Genom beslut av den 23 april 2015, kommissionen/Vanbreda Risk & Benefits (C-35/15 P(R), REU, EU:C:2015:275), beslutade domstolens vice ordförande att upphäva punkterna 1 och 2 i slutet i beslut Vanbreda Risk & Benefits/kommissionen, punkt 33 ovan (EU:T:2014:1024), med motiveringen att tribunalens ordförande gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när han fann att de mildare villkor om skyndsamhet, som är motiverade på området för offentlig upphandling, för beviljande av interimistiska åtgärder skulle tillämpas utan begränsning i tiden (ovan angivet beslut kommissionen/Vanbreda Risk & Benefits, EU:C:2015:275, punkt 57). Av samma skäl avslog domstolens vice ordförande sökandens ansökan om interimistiska åtgärder (ovan angivet beslut kommissionen/Vanbreda Risk & Benefits, EU:C:2015:275, punkt 61).

Rättslig bedömning

Yrkandet om ogiltigförklaring

40 Sökanden har gjort gällande en enda grund för ogiltigförklaring, vilken består av tre delar. Den första delgrunden avser ett åsidosättande av principen om likabehandling av anbudsgivare, av artiklarna 111 och 113 i Europaparlamentets och rådets förordning (UE, Euratom) nr 966/2012 av den 25 oktober 2012 om finansiella regler för unionens allmänna budget och om upphävande av rådets förordning (EG, Euratom) nr 1605/2002 (EGT L 298, s. 1, nedan kallat budgetförordningen), av artiklarna 146, 149 och 158 i tillämpningsförordningen samt av förfrågningsunderlaget. Den andra delgrunden avser ett åsidosättande av principen om likabehandling och den tredje delgrunden ett åsidosättande av principen om öppenhet.

Den första delgrunden, avseende ett åsidosättande av principen om likabehandling av anbudsgivare, artikel 111.5 och artikel 113.1 i budgetförordningen, artikel 146.1 och 146.2, artikel 149.1 och artikel 158.1 och 158.3 i tillämpningsförordningen samt av förfrågningsunderlaget

41 Sökanden har gjort gällande att Marsh anbud inte uppfyllde kraven i förfrågningsunderlaget. De försäkringsgivare som medverkade i anbudet hade nämligen inte tagit på sig något solidariskt ansvar för kontraktets genomförande genom att underteckna uppdragsavtalet/fullmakten i förfrågningsunderlaget.

42 Solidariskt ansvar är ett väsentligt villkor i den aktuella offentliga upphandlingen, och detta villkor påverkar priset i anbudet. Om flera försäkringsgivare kan välja att i grupp, men var och en för sitt respektive åtagande, försäkra en risk av en sådan omfattning som i den aktuella upphandlingen, ger nämligen en sådan lösning inga garantier för att en totalskada ersätts i sin helhet. Det var skälet till att kommissionen i förevarande fall ställde krav på solidariskt ansvar i förfrågningsunderlaget, en möjlig lösning som medför avsevärt större kostnad.

43 Genom att kommissionen tillät att Marsh lämnade ett gemensamt anbud tillsammans med ett konsortium av försäkringsgivare som inte var solidariskt ansvariga för genomförandet av kontraktet kunde den aktören erbjuda ett betydligt lägre pris.

44 Därigenom åsidosatte kommissionen principen om likabehandling, artikel 111.5 och artikel 113.1 i budgetförordningen, artikel 146.1 och 146.2 och artikel 158.1 och 158.3 i tillämpningsförordningen samt förfrågningsunderlaget. Genom att slutligen tilldela Marsh kontraktet åsidosatte kommissionen även artikel 149.1 i tillämpningsförordningen.

45 I repliken har sökanden angett att nya uppgifter framkom i svarsskrivelsen och de icke konfidentiella handlingar som företeddes av kommissionen. Av dessa uppgifter framgick att Marsh egentligen hade lämnat sitt anbud i egenskap av mäklare och enda anbudsgivare och att kommissionen och Marsh

hade haft en omfattande skriftväxling om solidaritetsvillkoret efter det att anbudet hade öppnats. Kommissionen underrättade aldrig sökanden om detta, trots upprepade förfrågningar från sökanden. Sökanden kan således grunda sig på nya omständigheter.

46 I detta sammanhang har sökanden gjort gällande att Marsh medverkan i egenskap av enda anbudsgivare uppenbarligen var rättsstridig och i strid med förfrågningsunderlaget. Tvärtemot vad kommissionen har anfört behandlade kommissionen Marsh anbud som ett gemensamt anbud. I den mån Marsh anbud inte heller kunde ses som något annat än ett gemensamt anbud, borde det ha innehållit uppdragsavtal/fullmakt enligt bilaga IV till anbudsinfordran.

47 Kommissionen har bestritt sökandens ståndpunkt och anfört att den vilar på tre oriktiga antaganden. Antagandet att Marsh anbud lämnades för en grupps eller ett konsortiums räkning, antagandet att detta anbud i strid med förfrågningsunderlaget inte innehöll mallen för uppdragsavtal/fullmakt och antagandet att de försäkringsgivare som Marsh föreslog inte hade tagit på sig ett solidariskt ansvar för att genomföra kontraktet, vilket antagande följer av en oriktig tolkning av förfrågningsunderlaget och bristande kunskap om Marsh faktiska anbud och genomförandet av upphandlingsförfarandet.

48 När det gäller det första antagandet har kommissionen framhållit att Marsh lämnade sitt anbud i egenskap av mäklare och enda anbudsgivare och inte som part i eller ansvarig för en grupp och att det följaktligen var Marsh som tilldelades kontraktet i egenskap av enda anbudsgivare. Det fanns ingenting i förfrågningsunderlaget som hindrade att en mäklare i egenskap av enda anbudsgivare lämnade ett anbud för del 1 av kontraktet.

49 Vad beträffar det andra antagandet har kommissionen framhållit att vad som anges i förfrågningsunderlaget avseende gemensamma anbud, däribland mallen för uppdragsavtal/fullmakt enligt frågeformuläret, inte var tillämpligt när anbud lämnades av en enda anbudsgivare. Marsh hade således ingen skyldighet att i sitt anbud inkludera uppdragsavtal/fullmakt som undertecknats enligt vad som angavs för gemensamma anbud. Vad Marsh däremot borde ha fogat till sitt anbud var uppdragsavtal/fullmakter från flera försäkringsgivare avseende kontraktets genomförande.

50 Beträffande det tredje antagandet har kommissionen anfört att den, vilket följer av skriftväxlingen mellan kommissionen och Marsh under perioden efter det att anbuden öppnades till dess att kontraktet tilldelades, i vederbörlig ordning kontrollerade att Marsh anbud till fullo uppfyllde kraven i förfrågningsunderlaget, däribland kravet i punkt 5.1 i de tekniska specifikationerna att den upphandlande myndigheten skulle vara garanterad full försäkring (100 procent försäkringsskydd) utan avbrott under hela kontraktsperioden och den period som följer av utkastet till kontrakt avseende avtalsparternas solidariska ansvar. I och med att föremålet för del 1 var ett direktförsäkringskontrakt avseende den upphandlande myndighetens fastigheter, angavs nämligen specifikt i de tekniska specifikationerna att varje försäkringsgivare som, oberoende av hur anbuden lämnades, var delaktig i kontraktets genomförande, måste underteckna detta solidariskt med övriga eventuella försäkringsgivare eller mäklare, i syfte att garantera ett oavbrutet försäkringsskydd på 100 procent för den upphandlande myndigheten.

51 Sökandens resonemang om prisskillnader, beroende på om anbudet omfattar solidariskt ansvar, saknar följaktligen relevans. Det undertecknade kontraktet innehöll nämligen en klausul om kontraktsparternas solidariska ansvar. Klausulen var avsedd att ingå redan från början, och Marsh bör följaktligen ha tagit hänsyn till de kostnader och risker som denna klausul innebar i sitt anbud. Priset i anbudet ändrades eller ifrågasattes aldrig av Marsh.

52 Kommissionen har gjort gällande att Marsh lämnade sitt anbud i egenskap av enda anbudsgivare och att det därmed inte rörde sig om ett gemensamt anbud. Marsh anbud behandlades således som ett anbud från en enda anbudsgivare. Vid öppningen av anbuden meddelade inte kommissionen vilka försäkringsgivare som ingick i Marsh anbud. Anbuden bedömdes på grundval av uteslutnings- och

urvalskriterierna i meddelandet om upphandling och i enlighet med avsett förfarande. Eftersom Marsh anbud kom från en enda anbudsgivare kontrollerade kommissionen i vederbörlig ordning att Marsh själv uppfyllde urvalskriterierna.

53 Vad beträffar argumentet i repliken att Marsh deltagande i egenskap av enda anbudsgivare var uppenbart rättsstridigt har kommissionen i sin duplik gjort gällande att det argumentet bygger på en restriktiv och oriktig tolkning av förfrågningsunderlaget och på en oriktig tolkning av den belgiska lagstiftningen.

54 Om förfrågningsunderlaget hade tolkats restriktivt skulle båda anbuden ha förkastats. Därför föredrog kommissionen att inte göra en restriktiv tolkning och att bortse från den juridiska formen för förhållandet mellan försäkringsmäklare och försäkringsgivare, förutsatt att anbuden garanterade att kontraktet kunde fullgöras. Kommissionen ansåg följaktligen att såväl försäkringsgivare som mäklare kunde delta i anbudsförfarandet och att ingenting hindrade att en mäklare lämnade ett anbud i egenskap av enda anbudsgivare. Under alla omständigheter var syftet med upphandlingen att ingå ett direktförsäkringskontrakt som varje försäkringsgivare skulle underteckna, vilket för övrigt också skedde i det kontrakt som slutligen undertecknades.

55 Vad beträffar tolkningen av den belgiska lagstiftningen har sökanden tillämpat dessa bestämmelser felaktigt i förevarande fall. Marsh avsåg aldrig att ensam underteckna försäkringskontraktet och för kommissionen var det aldrig fråga om att så kunde vara fallet. Sökanden tycks på ett oriktigt sätt ha velat anföra att Marsh, i och med att företaget lämnade sitt anbud som enda anbudsgivare, även utgav sig för att vara en försäkringsgivare som avsåg att underteckna kontraktet själv. Kommissionen hade ingen anledning att anse att Marsh anbud var rättsstridigt. Anbudet var inte rättsstridigt enbart av det skälet att en försäkringsmäklare inte kunde styrka en försäkringskapacitet på minst 100 000 m^2. De uppgifter som erfordrades uteslöt nämligen inte att hänsyn kunde tas till att försäkringsbolag ingick försäkringsavtal avseende minst 100 000 m^2 och att mäklare tillhandahöll mäklartjänster avseende minst 100 000 m^2. Slutligen var det logiskt att endast kontrollera Marsh finansiella och ekonomiska förmåga, i och med att det rörde sig om en enda anbudsgivare. Det var nämligen Marsh som i den egenskapen skulle ha garanterat anbudets ekonomiska hållbarhet. Samma förhållningssätt tillämpades för övrigt på sökanden i det tidigare försäkringskontraktet. För att kommissionen inte skulle hamna i ett direkt kontraktsförhållande med försäkringsgivarna, krävdes i förfrågningsunderlaget att försäkringsgivarna undertecknade försäkringskontraktet.

56 Påståendet att Marsh anbud behandlades som ett gemensamt anbud är ologiskt och felaktigt. Det är fastställt att Marsh lämnade sitt anbud som enda anbudsgivare, att kommissionen granskade uteslutnings- och urvalskriterierna mot denna bakgrund och att kommissionen tilldelade nämnda enda anbudsgivare kontraktet. Kommissionen förstår inte hur sökanden kan påstå att kommissionen behandlade Marsh anbud som ett gemensamt anbud. De omständigheter som anförts av sökanden styrker för övrigt inte något annat.

57 Beträffande argumentet att anbudet från Marsh borde ha innehållit den mall för uppdragsavtal/fullmakt som erfordrades vid gemensamma anbud, har kommissionen vidhållit att det inte var nödvändigt att Marsh anbud, som lämnades av en enda anbudsgivare, innehöll något undertecknat uppdragsavtal/någon undertecknad fullmakt.

– Huruvida vissa argument som anförts i repliken kan tas upp till sakprövning

58 Kommissionen har inte uttryckligen anfört någon invändning om rättegångshinder men anser emellertid, till följd av den bevisning som företetts av kommissionen att det verkligen angavs i det kontrakt som undertecknades den 27 februari 2014 med Marsh och försäkringsgivarna att försäkringsgivarna var solidariskt ansvariga, att sökandens resonemang i repliken är mer långtgående

än den ursprungliga grunden så som den definierades i talan, det vill säga en grund avseende ”villkoret om solidaritet i förfrågningsunderlaget för det fallet att ett gemensamt anbud lämnas av ett konsortium av försäkringsgivare”.

59 Sökanden har i repliken anfört vissa nya argument i huvudsakligt syfte att göra gällande att Marsh deltagande i egenskap av enda anbudsgivare var rättsstridigt och att kommissionens behandling av detta anbud som ett gemensamt anbud var rättsstridig.

60 Som sökanden mycket riktigt har gjort gällande i repliken, vilket kommissionen för övrigt inte bestritt med någon detaljerad vederläggning i dupliken, är dessa nya argument en följd av uppgifter som sökanden fick ta del av först i svarsskrivelsen och de handlingar som företeddes av kommissionen efter tribunalens förordnande.

61 Således var det först genom svarsskrivelsen som sökanden fick veta att Marsh inte hade deltagit i upphandlingen med ett gemensamt anbud från Marsh och sex försäkringsgivare utan i egenskap av försäkringsmäklare och enda anbudsgivare som föreslog sex försäkringsgivare. Det var först när sökanden tog del av de handlingar som företeddes av kommissionen den 29 september 2014 (se ovan punkt 36) som sökanden fick kännedom om skriftväxlingen mellan kommissionen och Marsh efter öppningen av anbuden och därefter mellan kommissionen, Marsh och AIG om frågan om solidariskt ansvar.

62 Kommissionens synpunkter skulle kunna tolkas som en invändning om rättegångshinder enligt artikel 84.1 i tribunalens rättegångsregler mot sökandens nya argument i repliken. Denna invändning om rättegångshinder saknar grund.

– Huruvida Marsh deltagande i upphandlingen i egenskap av försäkringsmäklare och enda anbudsgivare var rättsstridigt

63 Enligt artikel 102.1 i budgetförordningen ska alla offentliga kontrakt som helt eller delvis finansieras av unionens budget respektera principen om likabehandling. Enligt artikel 146.1 i tillämpningsförordningen ska den upphandlande myndigheten fastställa urvalskriterier som är öppna, tydliga och icke-diskriminerande. Enligt artikel 102.2 i budgetförordningen ska alla upphandlingskontrakt utlysas med så brett deltagande som möjligt, och enligt lydelsen i artikel 111.1, 111.4 och 111.5 i samma förordning ska förfarandena för inlämning av anbud vara utformade så att det kan garanteras att verklig konkurrens råder, alla anbud som av öppningskommittén inte bedöms vara förenliga med gällande bestämmelser förkastas och varje anbud som förklaras vara formellt korrekta bedömas utifrån kriterierna i upphandlingsdokumenten. Slutligen föreskrivs i artikel 113.1 i samma förordning att den behöriga utanordnaren ska avgöra vem som ska tilldelas kontraktet, utifrån de i förväg fastställda urvals- och tilldelningskriterier som anges i upphandlingsdokumenten samt upphandlingsreglerna.

64 Principen om likabehandling mellan anbudsgivare, vars syfte är att främja utvecklingen av en sund och effektiv konkurrens mellan deltagarna i en offentlig upphandling, innebär att alla anbudsgivare ska ges samma möjligheter när de utformar sina anbud, vilket således betyder att samma anbudsvillkor måste gälla för alla anbudsgivare (dom av den 12 december 2002, Universale-Bau m.fl., C-470/99, REG, EU:C:2002:746, punkt 93, och dom av den 12 mars 2008, Evropaïki Dynamiki/kommissionen, T-345/03, REG, EU:T:2008:67, punkt 143).

65 Anbudsgivarna ska behandlas lika både när de utarbetar sina anbud och när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 oktober 2001, SIAC Construction, C-19/00, REG, EU:C:2001:553, punkt 34 och där angiven rättspraxis). Den upphandlande myndigheten är skyldig att under varje etapp av anbudsförfarandet se till att principen om likabehandling av anbudsgivare iakttas och att alla anbudsgivare följaktligen får samma möjligheter

(se, för ett liknande resonemang, dom av den 29 april 2004, kommissionen/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, REG, EU:C:2004:236, punkt 108, dom av den 24 februari 2000, ADT Projekt/kommissionen, T-145/98, REG, EU:T:2000:54, punkt 164, dom av den 17 mars 2005, AFCon Management Consultants m.fl./kommissionen, T-160/03, REG, EU:T:2005:107, punkt 75, och dom av den 22 maj 2012, Evropaïki Dynamiki/kommissionen, T-17/09, EU:T:2012:243, punkt 65).

66 Den första delen av den enda grunden för ogiltigförklaring, vilken vilar på att Marsh deltagande i upphandlingen som försäkringsmäklare och ensam anbudsgivare var rättsstridigt, bör prövas mot den bakgrunden.

67 Med hänsyn till lydelsen i den aktuella anbudsinfordran tycks det inte vara möjligt för en försäkringsmäklare att delta i upphandlingen i egenskap av enda anbudsgivare.

68 Begreppet mäklare förekommer faktiskt i vissa delar av anbudsinfordran (i avsnitt III.2.3 i meddelandet om upphandling avseende teknisk kapacitet, i bilagan till anbudsinfordran avseende de tekniska specifikationerna som villkor för deltagande och i rubrikerna avseende uppgifter om tillstånd). Dessa delar avser emellertid både anbud som lämnas av en enda anbudsgivare och gemensamma anbud.

69 Förutom i de delar som är gemensamma för anbud som lämnas av en enda anbudsgivare och gemensamma anbud, förekommer begreppet mäklare uttryckligen enbart när det gäller gemensamma anbud (i artikel 5.1 i de tekniska specifikationerna, avseende undertecknandet av försäkringskontraktet, i frågeformuläret avseende gemensamma anbud i bilaga IV till anbudsinfordran och i mallen för uppdragsavtal/fullmakt i samma bilaga).

70 Av lydelsen i anbudsinfordran avseende anbud som lämnas av en enda anbudsgivare följer att begreppet mäklare visserligen inte uttryckligen är uteslutet, men det anges inte heller som ett alternativ. Att begreppet förekommer i de delar av anbudsinfordran som är gemensamma för anbud som lämnas av en enda anbudsgivare och gemensamma anbud tycks snarare bero på den omständigheten att mäklare uttryckligen anges som möjliga anbudsgivare i gemensamma anbud än på den omständigheten att mäklaren kan vara enda anbudsgivare.

71 Vidare finns det skäl att ifrågasätta kommissionens påstående att det inte fanns något i förfrågningsunderlaget som hindrade en mäklare från att lämna ett anbud för del 1 i egenskap av enda anbudsgivare.

72 Först och främst följer det av punkt 5 första strecksatsen i anbudsinfordran, med rubriken ”Uppföljning av anbudsinlämningen”, att ”denna anbudsinfordran utgör inte något åtagande för kommissionens del” och att ”[e]tt åtagande görs först när kontraktet med den utvalda anbudsgivaren undertecknas”. På samma sätt anges ”för det fall att kontraktet inte kunde ingås med den anbudsgivare som tilldelats kontraktet” i första stycket på sidan 3 i det angripna beslutet.

73 I förevarande fall, och så som följer av handlingarna i målet och kommissionens egna utsagor, var det enbart Marsh och ingen annan som tilldelades kontraktet.

74 Som kommissionen själv underströk i skrivelser till Marsh av den 18 december 2013 och den 12 februari 2014, kan en mäklare inte ensam underteckna det omtvistade tjänstekontraktet.

75 I artikel 5.1 i de tekniska specifikationerna anges, för det fall att kontraktet ska undertecknas av flera solidariskt ansvariga försäkringsgivare, tre alternativ för inlämning av anbud. Endast ett av dessa alternativ bygger på att en mäklare medverkar. Detta sistnämnda alternativ beskrivs som ”anbud från flera solidariskt ansvariga försäkringsgivare, som samverkar i ett konsortium och företräds av en mäklare”. Följaktligen ska en mäklare endast medverka vid gemensamma anbud.

76 Mot den bakgrunden blir slutsatsen att det tvärtemot kommissionens resonemang följer av lydelsen i förfrågningsunderlaget att den situationen där en mäklare lämnar in ett anbud i egenskap av enda anbudsgivare inte nämns och dessutom kan anses vara utesluten.

77 Kommissionen har för övrigt själv medgett att det formellt inte angavs i förfrågningsunderlaget att en mäklare kunde lämna in ett anbud som enda anbudsgivare. Kommissionen har emellertid gjort gällande att det var strävan efter att hålla upphandlingen öppen för en så bred konkurrens som möjligt som gjorde att kommissionen inte ville tolka förfrågningsunderlaget så, att det var uteslutet att en mäklare lämnade anbud i egenskap av enda anbudsgivare på uppdrag av flera försäkringsgivare som förbundit sig att underteckna och genomföra kontraktet i händelse av tilldelning. I detta hänseende tog kommissionen även hänsyn till artikel 121.5 andra stycket i tillämpningsförordningen.

78 Beträffande hänvisningen till artikel 121.5 andra stycket i tillämpningsförordningen bör det framhållas att denna bestämmelse är tillämplig då ett anbud lämnas in av en grupp av ekonomiska aktörer. I bestämmelsen anges att den upphandlande myndigheten då inte får kräva att en sådan grupp antar en viss juridisk form. I förevarande fall rörde det sig emellertid inte om ett anbud som lämnades in av en grupp av ekonomiska aktörer, utan av en mäklare som enda anbudsgivare, vilken var den enda aktör som tilldelades kontraktet.

79 Kommissionens tolkning av förfrågningsunderlaget, att det inte uteslöt mäklare som enda anbudsgivare, motsägs inte endast av vad som anges i nämnda förfrågningsunderlag utan även av systematiken.

80 Att en mäklare lämnar ett anbud som enda anbudsgivare, vilket kommissionen anser möjligt, får nämligen andra följder vid prövningen av anbudets formella kravuppfyllelse än om ett anbud lämnas av ett försäkringsbolag som enda anbudsgivare. Ändå ankommer det i båda fallen på den upphandlande myndigheten att försäkra sig om att anbudet uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget. Följaktligen måste den upphandlande myndigheten vara i stånd att fullgöra den uppgiften.

81 Enligt punkt 3.4 i anbudsinfordran skulle anbuden utvärderas i tre steg. Enbart anbud som uppfyllde kraven i varje steg av utvärderingen fick gå vidare till nästa steg. Syftet med det första och det andra steget var att pröva kriterierna för uteslutning och kriterierna för urval av anbudsgivarna. Utvärderingen av anbuden och tilldelningen av kontraktet hörde till det tredje steget.

82 Vad beträffar i synnerhet det andra utvärderingssteget, avseende prövningen av urvalskriterierna, följer det av punkt 3.4.2 i anbudsinfordran att utvärderingskommittén skulle undersöka om anbudsgivarna dels hade tillräcklig ekonomisk och finansiell kapacitet, dels tillräcklig teknisk och professionell kapacitet. I svarsskrivelsen har kommissionen uttryckligen angett att den i vederbörlig ordning kontrollerade att Marsh anbud i sig uppfyllde urvalskriterierna i förfrågningsunderlaget, vilket även tycks framgå av utvärderingstabellen avseende urvalskriterierna i bilaga till protokollet från utvärderingen av anbuden av den 13 januari 2014.

83 Vad beträffar prövningen av den ekonomiska och finansiella kapaciteten anges i avsnitt 4 i bilaga IV till anbudsinfordran, avseende gemensamma anbud, att uppgifter ska inges för varje enskild part.

84 Genom detta krav säkerställs soliditeten hos försäkringsbolagen, vilka är de som slutligen ska täcka risken. Kravet innebär att det inte är möjligt för en mäklare – som uttryckligen angetts som en möjlig anbudsgivare i ett gemensamt anbud – att endast lämna uppgifter om sin egen ekonomiska och finansiella kapacitet. Det finns nämligen skäl att undvika att utvärderingskommittén enbart riktar in sig på soliditeten hos en mellanhand som inte ska täcka försäkringsrisken.

85 För det fall att ett anbud lämnas av en enda anbudsgivare, anges endast i samma avsnitt 4 i bilaga IV till anbudsinfordran att utvärderingen ska avse anbudsgivarens ekonomiska och finansiella kapacitet. Om en mäklare (som anförts av kommissionen) ska godtas som ensam anbudsgivare, innebär detta

– vilket för övrigt inträffade i förevarande fall – att utvärderingen enbart ska avse uppgifter om denna mäklare. Den finansiella soliditeten hos de försäkringsbolag som icke desto mindre är de som i praktiken ska garantera risken innefattas då inte, *de jure*, i prövningen av anbudet.

86 Denna tolkning motsägs inte av artikel 147.3 i tillämpningsförordningen. Enligt den bestämmelsen får en ekonomisk aktör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt utnyttja andra enheters kapacitet, oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan aktören och dessa enheter. I detta fall ska den ekonomiska aktören för den upphandlande myndigheten bevisa sin tillgång till nödvändiga resurser, t.ex. genom att redovisa enheternas åtagande att förse den ekonomiska aktören med dessa resurser. Denna bestämmelse är nämligen endast tillämplig om anbudsgivaren vill göra gällande andra enheters kapacitet.

87 I förevarande fall har kommissionen emellertid klart och tydligt angett att prövningen av urvalskriterierna, bland vilka ingår den ekonomiska och finansiella kapaciteten, utfördes uteslutande med avseende på Marsh situation.

88 Denna uppgift, som bekräftas av handlingarna i målet, lämnades klart och tydligt först i målet avseende interimistiska åtgärder (se, för ett liknande resonemang, beslut Vanbreda Risk & Benefits/kommissionen, punkt 33 ovan, EU:T:2014:1024, punkt 72), bestreds inte i detta avseende i kommissionens överklagande (se ovan, slutet av punkt 36) och prövades i beslut kommissionen/Vanbreda Risk & Benefits, punkt 39 ovan (EU:C:2015:275). Kommissionen har således bekräftat att det enbart var Marsh ekonomiska och finansiella kapacitet, och inte kapaciteten hos de försäkringsbolag på vilkas uppdrag Marsh agerade, som prövades. Kommissionen har angett att den genom denna upphandling önskade ingå ett kontrakt med försäkringsgivare utan att behöva pröva deras ekonomiska och finansiella kapacitet. Detta förhållningssätt var följden av ett medvetet val att inte företa någon ekonomisk granskning genom att inte kräva några bevis i detta avseende, och i stället inta ett mer juridiskt förhållningssätt, i och med kravet att anbudsgivaren skulle ta på sig skyldigheten att uppfylla detta kriterium.

89 I dupliken i förevarande mål bekräftade kommissionen återigen att det enbart var Marsh ekonomiska och finansiella kapacitet, och inte kapaciteten hos de försäkringsgivare som Marsh föreslog i anbudet, som skulle prövas i upphandlingsförfarandet.

90 Själva lydelsen och logiken i förfrågningsunderlaget talar emot kommissionens förhållningssätt och förklaringar. Vid gemensamma anbud, då det uttryckligen anges att en mäklare kan medverka, krävs nämligen enligt förfrågningsunderlaget handlingar som styrker varje enskild parts ekonomiska och finansiella kapacitet, således den ekonomiska och finansiella kapaciteten, bland annat hos det eller de försäkringsbolag som medverkar i det gemensamma anbudet. Om kommissionens ursprungliga avsikt verkligen hade varit att enbart pröva mäklarnas ekonomiska och finansiella kapacitet, skulle den inte, vid ett gemensamt anbud med en medverkande mäklare, ha ställt krav på handlingar avseende den ekonomiska och finansiella kapaciteten hos var och en av parterna. Om ett försäkringsbolag hade lämnat ett anbud i egenskap av enda anbudsgivare skulle detta bolags ekonomiska och finansiella kapacitet ha prövats. Således vore det endast för det fall att en mäklare lämnade ett anbud i egenskap av enda anbudsgivare som den ekonomiska och finansiella kapaciteten hos den enhet som garanterar försäkringsrisken inte skulle prövas. Detta strider mot såväl systematiken i sin helhet som principen om likabehandling av anbudsgivare.

91 Det följer av lydelsen i anbudsinfordran (se punkt II.1.5 i meddelandet om upphandling, punkt 2 i de tekniska specifikationerna och artikel I.1.1 i utkastet till tjänstekontrakt) att ändamålet med denna upphandling var att ingå ett försäkringskontrakt. I skrivelse av den 18 december 2013 bekräftade kommissionen att det rörde sig om ett direktförsäkringskontrakt. Trots att kommissionen eftersträvade ett sådant ändamål prövade den enbart den ekonomiska och finansiella kapaciteten hos försäkringsmäklaren Marsh, utan att granska motsvarande kapacitet hos de försäkringsgivare som Marsh föreslog. Ett sådant förhållningssätt skulle visserligen kunna vara motiverat om syftet med

upphandlingen är att ingå ett mäklarkontrakt, men det förefaller inte korrekt i en upphandling avseende ett försäkringskontrakt, inte minst med hänsyn till målet att skydda unionens ekonomiska intressen, vilket eftersträvas genom budgetförordningen.

92 Kommissionens resonemang om förhållningssättet i det upphandlingsförfarande som föregick den upphandling och det försäkringskontrakt som är föremål för förevarande tvist är inte relevant för bedömningen av huruvida det angripna beslutet är lagenligt.

93 Det följer av vad som anförs ovan att det strider mot kravspecifikationerna i upphandlingshandlingarna och systematiken för det förfarande som inrättades genom upphandlingen att en mäklare får delta i upphandlingen i egenskap av enda anbudsgivare. Kommissionens resonemang om det mål som eftersträvades, att upprätthålla en hög grad av konkurrens i den omtvistade upphandlingen, är inte av den arten att det motiverar ett åsidosättande av kraven i upphandlingshandlingarna.

94 Dessutom följer det av handlingarna i målet att ett av de väsentliga villkoren i upphandlingshandlingarna var att anbudsgivaren eller anbudsgivarna skulle förbinda sig att garantera att den upphandlande myndigheten skulle erhålla försäkringsskydd till 100 procent för de risker som angavs i förfrågningsunderlaget.

95 Om en mäklare deltar som enda anbudsgivare – vilket enligt kommissionen kan godtas – anser kommissionen att det ankommer på denna mäklare att organisera de praktiska formerna för genomförandet av kontraktet. Detta förhållningssätt innebar att kommissionen endast prövade om ovan i punkt 94 angivet villkor om försäkringsskydd var uppfyllt med avseende på enbart resultatet och inte på hur resultatet skulle uppnås.

96 I förevarande fall innehöll Marsh anbud ett förslag på riskfördelning mellan försäkringsbolagen i syfte att uppnå målet om 100 procent försäkringsskydd. Genom skrivelse av den 14 februari 2014 underrättade Marsh kommissionen om att en av de försäkringsgivare som skulle delta i anbudet, AIG, inte hade undertecknat kontraktet. Till följd av detta föreslog Marsh en ny riskfördelning, utan att ändra det sammanlagda priset för det utvalda anbudet. AIG:s försäkringsandel skulle kompenseras dels genom att de återstående försäkringsbolagen fick större andelar, dels genom att en del av denna andel tilldelades två nya försäkringsbolag som ursprungligen inte ingick i Marsh anbud.

97 I ett läge då Marsh var tvunget att omförhandla andelsökningen för de försäkringsbolag som var Marsh uppdragsgivare och förhandla om de två nya försäkringsgivarnas medverkan hade Marsh inte endast kännedom om konkurrentens anbud, utan även vetskapen att bolaget skulle tilldelas kontraktet. Om de försäkringsbolag som var Marsh uppdragsgivare vid tidpunkten då det ursprungliga anbudet formulerades, och således utan att veta om de skulle tilldelas kontraktet, hade varit tvungna att ta på sig större andelar, och således ta större risker, skulle de med all ekonomisk sannolikhet i gengäld ha begärt en större ersättning. Det skulle följaktligen ha kunnat leda till ett högre pris på anbudet. På samma sätt skulle även en förhandling om två nya försäkringsgivares deltagande i ett anbud, i ett läge då vare sig det konkurrerande anbudets pris eller vetskapen om vem som skulle tilldelas kontraktet skulle ha varit känt, ha kunnat leda till ett annat resultat och ett högre sammanlagt pris på Marsh anbud. I stället kunde dessa två nya försäkringsbolag i förevarande fall veta exakt hur stor högsta ersättning de kunde erhålla om de godtog Marsh erbjudande.

98 Även om det sammanlagda priset på det valda anbudet faktiskt inte ändrades för kommissionen, förändrades tvivelsutan förhandlingsförutsättningarna mellan anbudsgivaren och försäkringsbolagen.

99 Av detta följer att när en mäklare tillåts delta i ett anbudsförfarande som enda anbudsgivare, på uppdrag av försäkringsbolag, blir den prövning som utvärderingskommittén ska göra utifrån villkoren i förfrågningsunderlaget skenbar. Dessutom kan nämnda mäklare i förekommande fall få en

konkurrensfördel gentemot andra anbudsgivare. Det innebär även att den mäklare som deltar som enda anbudsgivare får en annan behandling än, i synnerhet, en konkurrent som lämnat in ett gemensamt anbud med en eller flera anbudsgivare.

100 Kommissionens tolkning av förfrågningsunderlaget, att det inte är uteslutet att mäklare deltar som enda anbudsgivare, motsägs således både av kraven i upphandlingshandlingar och av systematiken. Följaktligen har sökanden rätt i att Marsh deltagande i upphandlingen som mäklare och enda anbudsgivare var rättsstridigt.

101 Utöver detta konstaterande, som följer av ordalydelsen och logiken i upphandlingshandlingarna, finns det skäl att pröva huruvida kommissionen i förevarande fall, som sökanden har framhållit i repliken, dessutom åsidosatte principen om likabehandling genom skriftväxlingen med Marsh efter öppnandet av anbuden.

– Åsidosättande av likabehandlingsprincipen i skriftväxlingen mellan kommissionen och Marsh efter öppnandet av anbuden

102 Det följer av den rättspraxis som anges ovan i punkterna 64 och 65 att den upphandlande myndigheten ska behandla alla anbudsgivare lika och i detta syfte kontrollera att anbuden uppfyller upphandlingskraven. Den upphandlande myndigheten får inte godta ett anbud och underteckna ett kontrakt om myndigheten har eller rimligen borde ha skäl att tro att anbudet som utvärderas eller redan har valts ut inte uppfyller upphandlingskraven.

103 Mot den bakgrunden ska skriftväxlingen mellan Marsh och kommissionen bedömas, såsom den följer av handlingarna i målet och, i synnerhet, de uppgifter som lades fram av kommissionen efter åtgärden för processledning av den 11 september 2014.

104 Den 25 oktober 2013 lämnade Marsh sitt anbud till kommissionen i egenskap av mäklare och enda anbudsgivare.

105 Anbudet omfattade förklaringar på heder och samvete från sex försäkringsgivare, vilka var och en lämnade sitt medgivande till innehållet i Marsh anbud, angav sin andel av försäkringsåtagandet för kontraktet och sin avsikt att rätta sig efter alla villkor i kravspecifikationerna ”för sin respektive del”. I en av dessa förklaringar – från AIG – fanns följande handskrivna precisering:

”Med undantag av solidaritetsklausulen … . Vi godtar inte denna klausul. [” except concerning the solidarity clause (bilaga IV, s. 9, punkt 1). We do not accept this clause”].

106 I anbudets tekniska del angav Marsh att bolaget i sig (mäklare och anbudsgivare) och de försäkringsgivare som föreslogs i anbudet ”inte bildade en grupp eller hade ett underleverantörsförhållande, och därför [var] vissa villkor i bilaga IV [i anbudsinfordran], exempelvis försäkringsgivarnas gemensamma och solidariska ansvar, inte tillämpliga för detta avtal”.

107 I ett faxmeddelande av den 13 november 2013 bekräftade kommissionen mottagandet av Marsh anbud. I detta meddelande hade kommissionen inga kommentarer eller frågor om handlingarna eller uppgifterna i Marsh anbud avseende arten av försäkringsgivarnas åtagande.

108 Kommissionen angav endast att Marsh anbud (i andra avseenden) inte innehöll alla handlingar och uppgifter som erfordrades (teknisk kapacitet, referenser avseende tidigare försäkringar och försäkrade ytor). Marsh inkom med de begärda uppgifterna genom faxmeddelanden av den 15 och den 18 november 2013.

109 I ett faxmeddelande till Marsh av den 27 november 2013 angav kommissionen att Marsh anbud behövde kompletteras.

110 I detta meddelande angav kommissionen att ”den upphandlande myndigheten har noterat att [avsnitt] 3 i bilaga IV i anbudsinfordran inte [var] tillämplig, eftersom det inte [rörde] sig om ett gemensamt anbud eller ett anbud från en grupp av företag”.

111 Kommissionen angav att den upphandlande myndigheten hade noterat i handlingarna att Marsh anbud innebar 100 procent försäkringsskydd för de garanterade riskerna, men att en brist på konsekvens hade påträffats beträffande två försäkringsgivares andel av åtagandet. För att rätta till denna inkonsekvens anmodade kommissionen Marsh att inkomma med korrigerade fullmakter som undertecknats av de olika försäkringsgivarna i vilka skulle anges vardera partens deltagande.

112 I samband med denna korrigering – vilket är mer direkt relevant för förevarande tvist – anmodade kommissionen Marsh att ”bekräfta att de risker som skulle försäkras till 100 procent omfattades av samtliga deltagande försäkringsgivares solidariska ansvar, i enlighet med sista stycket på sidan 1 i utkastet till ramkontrakt.”

113 Marsh svarade i ett faxmeddelande av den 28 november 2013 att bolaget ”önskade ett klargörande av vad som avsågs i utkastet till ramkontrakt med *samtliga deltagande försäkringsgivares solidariska ansvar*” (Marsh kursivering).

114 Marsh angav att ”med hänsyn till praxis i försäkringsbranschen när det gäller anbud som inbegriper en ledande försäkringsgivare och flera medförsäkringsgivare, tolkar [Marsh] detta begrepp så, att alla angivna medförsäkringsgivare ger sin tillåtelse till den ledande försäkringsgivaren att agera i deras ställe i alla transaktioner avseende kontraktet”. Marsh angav att ”detta omfattar bland annat förklaringar, ändringar, skadeanmälningar, förhandling, reglering och ersättning av skada och därmed sammanhängande kostnader, alla rättsliga åtgärder samt utövandet av varje subrogationsrätt och rätt att väcka talan” och att ”det även innebär att samtliga medförsäkringsgivare automatiskt och slutgiltigt ska rätta sig efter varje beslut eller åtgärd som vidtas av den ledande försäkringsgivaren vilket därmed medför ett enhälligt samtycke från samtliga försäkringsgivare i kontraktet”. Marsh begärde således att kommissionen skulle bekräfta att detta var korrekt uppfattat.

115 I ett faxmeddelande av den 2 december 2013 angav kommissionen att den ”önska[de] göra följande förtydliganden i syfte att besvara frågorna” från Marsh. Kommissionen angav följande:

”Den blivande avtalsparten kommer att vara bunden av en resultatmässig skyldighet att utan avbrott och under hela kontraktsperioden tillhandahålla en försäkring i enlighet med villkoren i förfrågningsunderlaget (100 procent försäkringsskydd).

Det ankommer på anbudsgivaren att organisera de praktiska formerna för kontraktets genomförande, vilket bland annat kan inbegripa de medel som anges i er skrivelse.

Beträffande solidaritetsbegreppet hänvisas till definitionen i artikel 5.1 i de tekniska specifikationerna (nedan).

Således innebär inte denna artikel att det ställs några särskilda krav på den ledande försäkringsgivaren, mäklaren eller medförsäkringsgivarna vad beträffar formerna för genomförandet och kontraktets förvaltning.

‘ ***5.1 Allmänna bestämmelser*** *Kontraktet ska genomföras från och med den dag då det träder i kraft i enlighet med artikel 1.2.1 i utkastet till kontrakt. För det fall att ett anbud lämnas in av ett konsortium av flera solidariskt ansvariga försäkringsgivare eller av flera försäkringsgivare som samverkar i ett*

konsortium och företräds av en solidariskt ansvarig ledande försäkringsgivare, ska kontraktet vid en tilldelning undertecknas av alla försäkringsgivare. I ett sådant fall ska anbudsgivaren garantera att den upphandlande myndigheten är fullt försäkrad (100 procent försäkringsskydd) utan avbrott under hela kontraktsperioden, eftersom anbudsgivaren, för det fall att denna är en ledande försäkringsgivare, ska fungera som kontaktorgan för den upphandlande och kontraktförvaltande myndigheten under kontraktets genomförande. ***För det fall att ett anbud lämnas av flera solidariska försäkringsgivare, som agerar i ett konsortium och företräds av en mäklare, ska kontraktet i händelse av tilldelning undertecknas gemensamt av varje försäkringsgivare och av mäklaren****. I ett sådant fall ska försäkringsgivaren eller försäkringsgivarna även förbinda sig att garantera att den upphandlande myndigheten kommer att vara fullt försäkrad (100 procent försäkringsskydd) utan avbrott under hela kontraktsperioden. Mäklaren ska i ett sådant fall fungera som kontaktorgan för den upphandlande myndigheten och kontraktsförvaltare under kontraktets genomförande. Mäklaren ska erhålla sin ersättning direkt från försäkringsgivaren eller försäkringsgivarna. Mäklaren får ta emot inbetalda premier och fungera som mellanhand vid ersättning av skada.*'

Mot bakgrund av ovanstående ber jag er att bekräfta att solidaritetsklausulen så som den definieras ovan och på första sidan i utkastet till ramkontrakt kommer att iakttas" (kommissionens fetstil och kursivering).

116 I ett e-postmeddelande av den 6 december 2013 angav Marsh att bolaget "tyvärr … i detta skede ännu inte till fullo [förstod] vilket åtagande [kommissionen] begärde [av bolaget]" när det gäller frågan om försäkringsgivarnas solidariska ansvar.

117 Marsh anförde även att "allt för mycket står på spel för att bolaget inte ska avsätta den tid som krävs för att till fullo klargöra – för vardera parten – de klausuler i kontraktet som [Marsh] förväntades rätta sig efter". Marsh anhöll om ett möte för att "diskutera [den] ömsesidiga förståelsen av denna solidaritetsklausul", och angav att detta möte "omedelbart [skulle] följas av [bolagets] slutgiltiga svar … beträffande detta åtagande och utan tvekan [skulle] göra det möjligt att klargöra de begrepp som för närvarande förhindrade [bolaget] att svara [kommissionen]".

118 Marsh anförde även följande:

"Som redan framfördes i vår begäran av den 28 november 2013 lämnades anbudet in enbart av Marsh, i egenskap av mäklare, utan någon grupp eller konsortium och utan att det rörde sig om något gemensamt anbud tillsammans med en eller flera andra försäkringsgivare (vilka själva inte bildat någon grupp). Denna princip, som medgavs i ert faxmeddelande av den 27 november 2013, finns inte med i artikel 5.1 i villkoren för genomförandet av kontraktet, till vilka ni hänvisade i ert senaste faxmeddelande (inget av de två angivna fallen motsvarar vårt faktiska anbud), trots att denna upphandling ändå står öppen för försäkringsgivare och mäklare.

Att Marsh lämnar ett anbud som enda anbudsgivare, med stöd av försäkringsgivare som åtar sig att garantera 100 procent försäkringsskydd, behöver inte innebära och ska enligt vår mening inte ses som att anbudet kommer från en grupp i den mening som avses i artikel 5.1, eftersom den sistnämnda förutsätter ett samlat anbud från alla deltagare i gruppen vilka därmed samtliga blir anbudsgivare genom solidariska åtaganden.

Denna skillnad är enligt vår mening avgörande när det gäller frågan huruvida ett solidariskt åtagande från försäkringsgivarnas sida behöver bekräftas.

Vi önskar även klarhet i huruvida Marsh, som enda anbudsgivare, betraktas som (enda?) avtalspart, i och med att definitionen av en avtalspart hänför sig till 'det försäkringsbolag eller försäkringsföretag hos vilket kontraktet tecknas .... Eller kan kommissionen tvärtom anse att (den enda) anbudsgivaren inte ens är med-avtalspart (eftersom anbudsgivaren är mäklare), vilket förefaller i högsta grad komplicerat juridiskt sett?

Slutligen, för att återgå till begreppet solidariskt åtagande, vad avses egentligen med detta begrepp? Enligt exempelvis artikel 47 i lag om tillsyn av den 9 juli 1979 (i dess ändrade lydelse) (genom vilken EU-direktiv införlivades), kan [Financial Services and Markets Authority] under alla omständigheter kräva saneringsåtgärder som påverkar tredje parts rättigheter (en försäkringsgivares fordringsägare). [Financial Services and Markets Authority] skulle, med hänsyn till en belgisk försäkringsgivares ekonomiska situation, kunna kräva saneringsåtgärder som påverkar det solidariska åtagandet, till exempel på grund av att ett solidariskt åtagande skulle underminera försäkringsgivarens ordinarie egna åtaganden.”

119 Genom faxmeddelande av den 18 december 2013 svarade kommissionen att det möte som Marsh hade begärt inte kunde anordnas eftersom det inte var tillåtet med den typen av kontakter. Kommissionen angav att den ”beträffande [Marsh] frågor om solidariskt åtagande…, [kunde] göra följande klarläggande”:

”Föremålet för denna upphandling är ingåendet av försäkringskontrakt för varje del av upphandlingen, i enlighet med de förutsättningar som anges i upphandlingshandlingarna. Det rör sig om direktförsäkringskontrakt som ska omfatta de upphandlande myndigheternas tillgångar eller ansvar från och med deras undertecknande, utan efterföljande undertecknande av något försäkringsbrev. I detta avseende anges i artikel 5.1 i de tekniska specifikationerna att ’kontraktet ska genomföras från och med det datum då kontraktet träder i kraft i enlighet med artikel 1.2.1 i utkastet till kontrakt’.

Att kräva att en mäklare själv undertecknar ett försäkringskontrakt i eget namn utan något gemensamt och solidariskt åtagande av försäkringsbolagen skulle gå utöver de åtaganden som en mäklare rättsligt är i stånd att göra. Av det skälet har en sådan situation inte förutsetts i denna upphandling.

Av detta skäl anges i upphandlingshandlingarna att kontrakten måste undertecknas av försäkringsbolagen och i förekommande fall av mäklaren, enligt de förutsättningar som anges i punkt 5.1 i de tekniska specifikationerna. Därmed får avtalsparternas ett solidariskt ansvar enligt vad som anges i kontraktsmallen i bilaga till förfrågningsunderlaget.

Som redan angivits i vårt fax av den 27 november 2013, ankommer det på anbudsgivaren att organisera de praktiska formerna för genomförandet av kontraktet och fördela rollerna mellan de olika försäkringsbolagen för att säkerställa ett gott genomförande av kontraktet. Således åläggs den blivande avtalsparten eller de blivande avtalsparterna en skyldighet att uppnå ett visst resultat som består i att utan avbrott och under hela kontraktets giltighetstid tillhandahålla en försäkring i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget (100 procent försäkringsskydd). I detta sammanhang utgör solidariskt ansvar ytterligare en garanti för de upphandlande myndigheterna i händelse av bristfälligt genomförande av kontraktet, utan att det får till följd att avtalsparterna åläggs andra skyldigheter beträffande kontraktets genomförande.

Mot ovanstående bakgrund anmodar jag er att bekräfta att solidaritetsklausulen kommer att iakttas, så som den definieras i upphandlingshandlingarna, i synnerhet på första sidan i utkastet till ramkontrakt, och som den klargörs ovan.

För övrigt noterar jag att ni i er skrivelse har angett att ni förfogar över fullmakter från försäkringsgivarna som bekräftar ett försäkringsskydd på 100 procent. Jag ber er att inkomma med dessa fullmakter till kommissionen.”

120 I ett faxmeddelande av den 24 december 2013 svarade Marsh på följande vis:

”Med hänsyn till vad som klargjordes i ert faxmeddelande, bland annat vad beträffar den ytterligare garanti som ett solidariskt ansvar utgör för de upphandlande myndigheterna i händelse av bristfälligt genomförande av kontraktet, utan att detta får till följd att avtalsparterna åläggs andra skyldigheter beträffande kontraktets genomförande, bekräftar jag härmed att försäkringsskyddet kommer att omfatta 100 procent.

För detta ändamål bifogar jag de undertecknade fullmakterna från försäkringsgivarna vilka tillsammans bekräftar ett försäkringsskydd på 100 procent, var och en för sin del. När de sex undertecknade fullmakterna ’läggs samman’ bekräftas ett försäkringsskydd på 100 procent för hela kontraktsperioden.

Genom detta upplägg (som sagt identiskt med upplägget i det nuvarande interinstitutionella avtalet), har Marsh således lämnat ett anbud som bygger på att sex försäkringsgivare medverkar genom medförsäkring i storleksordningar som tydligt framgår av tabellerna i de undertecknade fullmakterna.

Dessa försäkringsgivare har inte bildat någon grupp med Marsh, och inte heller sinsemellan, vilket även det har angetts.

I och med att försäkringsgivarna inte utgör någon grupp, har de förklarat att de uppfyller samtliga villkor i upphandlingen för den del av kontraktet som de ska genomföra (‘I declare that xxx will comply with all the terms of the tender specifications, for the part of the contract xxx will perform’).

Dessa förklaringar uppfyller enligt vår mening de upphandlande myndigheternas krav på garantier för att kontraktet kommer att genomföras väl. Tyvärr är vi, trots ömsesidiga ansträngningar för att skapa förståelse och klarhet, inte helt övertygade om att vi uppfyller kraven i kontraktet, i den mån försäkringsgivarna inte är beredda att godta det gemensamma och solidariska ansvaret i den betydelse som kommissionen kanske eftersträvar. Den betydelsen skulle kunna innebära att varje försäkringsgivare i stället för att förbinda sig för den del av kontraktet som denna försäkringsgivare ska genomföra, måste ta på sig ansvaret för upp till 100 procent av kontraktet. Detta strider mot principen om medförsäkring, eftersom försäkringsskyddet ska vara 100 procent och inte 600 procent.

För att uppnå det syfte som kommissionen eftersträvar genom att kräva ett solidariskt åtagande mellan försäkringsgivarna, kan vi bekräfta att var och en av försäkringsgivarna på vår begäran har godtagit att förbinda sig att genomföra sin del till 100 procent. Därmed finns det vare sig några praktiska eller rättsliga skäl att begära ett solidariskt ansvar.

Vi tackar på förhand för ert slutliga förtydligande på denna punkt.”

121 I ett faxmeddelande av den 8 januari 2014 tackade kommissionen sökanden för klargörandena och uppgifterna i skrivelsen av den 24 december 2013. Kommissionen begärde klargöranden enligt följande:

”Å andra sidan måste det åtagande som görs av ert bolag och av de försäkringsbolag vars fullmakter getts in tillsammans med ert anbud bestyrkas genom ett undertecknande av försäkringskontraktet i bilaga till förfrågningsunderlaget.

Den omständigheten att anbudet lämnats in individuellt eller av en grupp anbudsgivare har ingen betydelse i detta skede, eftersom försäkringskontraktet måste undertecknas av försäkringsbolagen, vilka genom sina fullmakter bekräftat genomförandet i händelse av tilldelning. Det framgår inte tydligt av er skrivelse om så kommer att vara fallet.

Följaktligen ber jag er att bekräfta att kontraktsåtagandet i händelse av tilldelning kommer att undertecknas både av ert bolag och av de medförsäkringsgivare som anges i ert anbud.”

122 Marsh svarade följande i ett e-postmeddelande av den 10 januari 2014:

”[V]i bekräftar att Marsh och de medförsäkringsgivare som anges i vårt anbud (vars fullmakter återbekräftades genom skrivelse av den 24 december 2013) i händelse av tilldelning kommer att underteckna tjänstekontraktet i bilaga till förfrågningsunderlaget, förutsatt att vårt ursprungliga anbud, med de ingående fullmakterna och de olika kompletterande handlingarna i vilka förtydligas bland annat det gemensamma och solidariska ansvaret, i sin helhet ingår bland de konstituerande delarna av kontraktet.

Just vad avser sidan 1 i nämnda kontrakt har ni säkert noterat i vår tidigare skriftväxling att försäkringsgivarna i de fullmakter som bifogats anbudet förklarat att de uppfyller samtliga villkor i upphandlingen för den del av kontraktet som de ska genomföra (‘I declare that xxx will comply with all the terms of the tender specifications, for the part of the contract xxx will perform’).

Det är vår förhoppning att samtliga förväntningar härmed är uppfyllda. Med vänlig hälsning.”

123 I protokollet av den 13 januari 2014 fann utvärderingskommittén att Marsh, mot bakgrund av samtliga svar, uppfyllde kriterierna avseende uteslutning och urval i förfrågningsunderlaget. Utvärderingskommittén fann att Marsh hade inkommit med de förtydliganden och de handlingar som begärts och att bolagets anbud, för del nr 1, så som det klargjorts av anbudsgivaren, uppfyllde kraven i förfrågningsunderlaget och kvalificerade sig till den ekonomiska utvärderingen.

124 Den 30 januari 2014 antog kommissionen det angripna beslutet.

125 Det följer emellertid av beskrivningen ovan av skriftväxlingen mellan Marsh och kommissionen att kommissionen i ett tidigt skede måste ha insett att Marsh anbud av den 25 oktober 2013 inte hade upprättats – och därmed inte prissatts – på grundval av ett solidariskt åtagande, det vill säga ett åtagande från var och en av försäkringsgivarna att i förekommande fall tillhandahålla hela försäkringsskyddet.

126 Senast efter att ha mottagit Marsh faxmeddelande av den 24 december 2013 (se ovan punkt 120), och framför allt efter att ha mottagit e-postmeddelandet av den 10 januari 2014 (se ovan punkt 122), borde kommissionen ha uppmärksammat att Marsh anbud, att döma av bolagets egen utsago, innebar att försäkringsgivarna i praktiken endast hade ett gemensamt ansvar, var och en för sin andel. Kommissionen borde således ha konstaterat att Marsh anbud inte uppfyllde upphandlingskraven och dra slutsatsen att det vore ett avsteg från likabehandlingen av den andra anbudsgivaren att gå vidare och teckna kontraktet med Marsh.

127 Slutsatsen ovan i punkt 126 påverkas på intet vis av den omständigheten att försäkringsskyddet slutligen, efter det att AIG hade dragit sig tillbaka och ersatts av två andra försäkringsgivare, enligt det kontrakt som undertecknades av kommissionen, Marsh och de försäkringsgivare som slutligen erbjöds av Marsh innebar ett solidariskt åtagande av dessa försäkringsgivare. Tvärtom bekräftar denna utveckling endast vad som redan följer av den skriftväxling som föregick det angripna beslutet.

128 Det väsentliga för förevarande talan är inte att det försäkringsskydd som slutligen tillhandahölls av Marsh och försäkringsgivarna till följd av denna utveckling innefattade det solidariska ansvar som krävdes i förfrågningsunderlaget utan förändring av priset i Marsh anbud av den 25 oktober 2013. Det väsentliga är att Marsh anbud, som det lämnades in, inte vilade på detta solidariska ansvar och följaktligen inte hade upprättats i enlighet med förfrågningsunderlaget.

129 Kommissionen har anfört vissa ovanliga omständigheter, i synnerhet det handskrivna tillägget på AIG:s fullmakt som berörs ovan i punkt 105 (”Med undantag av solidaritetsklausulen … . Vi godtar inte denna klausul”) och sedan att en ny fullmakt från AIG ingavs, där denna påskrift inte längre fanns med (se ovan punkt 120). Detta påverkar emellertid inte den omständigheten att kommissionen inte kunde missta sig om att Marsh anbud inte vilade på solidariskt ansvar.

130 Visserligen ingav Marsh på kommissionens anmodan senare en fullmakt från AIG där den handskrivna påskriften inte längre fanns med, men i denna fullmakt angavs fortfarande en gräns för försäkringsgivarens finansiella åtagande och att försäkringsgivaren åtog sig att iaktta villkoren i anbudet ”för den del av kontraktet som försäkringsgivaren ska genomföra” (for the part of the contract it will perform). Den omständigheten att den handskrivna påskrift som anges ovan i punkt 129 togs bort innebar således inte att AIG avstod från att utesluta solidariskt ansvar.

131 Dessutom, vilket är än mer signifikativt, bifogades denna fullmakt från AIG, utan handskriven påskrift (liksom för övrigt de fem andra fullmakterna, med samma lydelse, från de fem andra försäkringsgivare som ingick i Marsh anbud), Marsh skrivelse av den 24 december 2013. Av den skrivelsen följer emellertid uttryckligen (se ovan punkt 120) att ett solidariskt ansvar mellan försäkringsgivarna var uteslutet. Kommissionen kan inte ha hyst några rimliga tvivel i detta hänseende efter att ha tagit del av den skrivelsen. I stället borde strykningen av den handskrivna påskriften, vilket fick till följd att alla fullmakter från de försäkringsgivare som ingick i Marsh anbud (vilka alla innehöll angivelsen att försäkringsgivarna tog ansvar ”var och en för den del som denna försäkringsgivare ska genomföra”) var likadant formulerade, liksom lydelsen i skrivelsen av den 24 december 2013 i än högre grad ha övertygat kommissionen om att Marsh anbud vållade problem med avseende på det solidariska ansvaret.

132 Efter skrivelsen av den 24 december 2013 blev e-postmeddelandet av den 10 januari 2014 (se ovan punkt 122) endast en bekräftelse för kommissionen på att det faktiskt saknades ett solidariskt åtagande från försäkringsgivarna i Marsh anbud. Kommissionen kunde således inte vara ovetande om att anbudet inte uppfyllde kraven och att det vilade på helt andra ekonomiska åtaganden än vad som låg till grund för sökandens anbud. Följaktligen gjorde sig kommissionen skyldig till ett uppenbart åsidosättande av principen om likabehandling när den, i stället för att konstatera att Marsh anbud inte uppfyllde kraven och förkasta det, fortsatte skriftväxlingen med detta företag och fattade det angripna beslutet.

133 Det följer av vad som anförs ovan att den första delen av den enda grunden för ogiltigförklaring är välgrundad.

Den andra delgrunden, avseende ett åsidosättande av principen om likabehandling genom att Marsh anbud ändrades efter öppningen av anbuden

134 Sökanden har gjort gällande att sammansättningen av Marsh konsortium ändrades efter öppningen av anbuden. Minst en försäkringsgivare, det vill säga AIG, som vägrade att ta på sig ett solidariskt ansvar för kontraktets genomförande, utgick nämligen.

135 Denna ändring av sammansättningen av Marsh konsortium efter öppningen av anbuden kan inte betecknas som ”klargöranden” av innehållet i anbudet eller en korrigering ”av uppenbara fel” i den mening som avses i artikel 160.3 i tillämpningsförordningen. Genom att tillåta denna ändring åsidosatte kommissionen principen om likabehandling av anbudsgivare, jämförd med artikel 112.1 i budgetförordningen och artikel 160 i tillämpningsförordningen.

136 Det är uppenbart att det administrativa förfarandet skulle ha kunnat leda till ett annat resultat, om detta fel inte hade begåtts vid tilldelningen av kontraktet. Om kommissionen hade förkastat Marsh anbud för att det inte uppfyllde kraven skulle kontraktet nämligen ha tilldelats sökanden, eftersom sökanden var det enda andra företag som hade lämnat in ett anbud som uppfyllde kraven.

137 I repliken har sökanden, på grundval av nya omständigheter, gjort gällande att det företogs tre typer av rättsstridiga ändringar av Marsh anbud.

138 För det första var det inte endast en praktisk fråga om kontraktets genomförande vilka försäkringsgivare som var Marsh uppdragsgivare och hur deras ekonomiska situation såg ut. Att ersätta AIG med andra försäkringsgivare efter det att anbuden hade öppnats utgjorde en rättsstridig ändring av anbudet.

139 För det andra var förhandlingsvillkoren mellan Marsh och de befintliga och de tillkommande försäkringsgivarna sannolikt annorlunda än förhandlingsvillkoren innan anbudet lämnades in, även om det sammanlagda priset på Marsh anbud inte ändrades. Det pris som hade erbjudits av sökanden var då redan känt och försäkringsgivarna visste att kontraktet skulle tilldelas Marsh. Genom att lyfta ut AIG och föreslå en ny fördelning av andelarna mellan försäkringsgivarna erhöll Marsh en konkurrensfördel.

140 För det tredje tillät kommissionen att Marsh ”omvandlade” sitt anbud, som bolaget rättsstridigt hade lämnat in i egenskap av enda anbudsgivare utan solidariskt ansvar, till ett gemensamt anbud med solidariskt ansvar. Eftersom försäkringsgivarna uttryckligen hade frånsagt sig allt solidariskt ansvar och endast var beredda att göra ett åtagande för sin del av kontraktet, borde kommissionen inte ha kunnat kontakta Marsh för att begära ”klargöranden” eller ”korrigeringar” i efterhand.

141 Genom att godta handlingar och avsevärda ändringar av Marsh anbud efter det att anbuden hade öppnats åsidosatte kommissionen den grundläggande regeln att ett kontrakt ska tilldelas på grundval av de anbud som lämnats in inom utsatt tid och inte på grundval av senare uppgifter.

142 Kommissionen har bestritt sökandens ståndpunkt.

143 Först och främst utgav sig Marsh för att vara mäklare och enda anbudsgivare och inte ett konsortium. Därmed företogs aldrig någon ”ändring av konsortiet”.

144 Kontakterna mellan kommissionen och anbudsgivarna (såväl Marsh som sökanden) före beslutet om tilldelning av kontraktet genomfördes helt i enlighet med de tillämpliga bestämmelserna för offentlig upphandling. Kontakterna med Marsh bestod i att kommissionen begärde kompletteringar av de styrkande handlingarna avseende urvalskriterierna, korrigeringar av felaktigheter som hade upptäckts och klargöranden avseende iakttagandet av vissa skyldigheter till följd av förfrågningsunderlaget. Kontakterna genomfördes på ett sätt som var fullt förenligt med artikel 158.3 och artikel 160.3 i tillämpningsförordningen. Villkoren i Marsh anbud – 100 procent försäkringsskydd för de risker som angavs i förfrågningsunderlaget och priset på anbudet – ändrades inte.

145 När kontraktet redan hade tilldelats, till och med efter det att de två exemplaren av utkast till kontrakt hade översänts till Marsh, vägrade AIG, som både var en av de försäkringsgivare som ursprungligen var Marsh uppdragsgivare för kontraktet och den försäkringsgivare som i grupp med sökanden deltog i upphandlingen, att underteckna kontraktet enligt förfrågningsunderlaget. Tvärtemot vad som anförts av sökanden var det ingen försäkringsgivare som ”förkastades” av kommissionen eller Marsh. Det var försäkringsgivaren själv som vägrade att underteckna försäkringskontraktet.

146 Kommissionen har framhållit att det ankom på Marsh, som hade lämnat in sitt anbud i egenskap av mäklare och enda anbudsgivare, att organisera de praktiska formerna för genomförandet av kontraktet och att fördela rollerna mellan de olika försäkringsbolagen i syfte att garantera ett korrekt

genomförande av kontraktet, naturligtvis under förutsättning att villkoren i anbudet inte ändrades. Marsh föreslog också (vilket kommissionen godtog) att AIG skulle ersättas med de andra försäkringsgivare som redan var Marsh uppdragsgivare och med två nya försäkringsgivare. Försäkringskontraktet kunde således undertecknas den 27 februari 2014.

147 Den omständigheten att AIG ersattes medförde inga ändringar av kontraktsvillkoren eller av villkoren i Marsh ursprungliga anbud, vilket var förbjudet enligt artikel 112.1 i budgetförordningen. Marsh lämnade sitt anbud i egenskap av enda anbudsgivare, Marsh uppfyllde själv urvalskriterierna för kontraktet, villkoren i Marsh anbud (100 procent försäkringsskydd och priset) ändrades inte och det kontrakt som undertecknades av Marsh och försäkringsgivarna var helt förenligt (till och med identiskt) med utkastet till kontrakt i förfrågningsunderlaget.

148 Den anbudsgivare som tilldelades kontraktet var till och med efter dess undertecknande och ikraftträdande bunden av skyldigheten att genomföra kontraktet i enlighet med sitt anbud och förfrågningsunderlaget. Om en av de försäkringsgivare som undertecknat kontraktet drog sig ur eller inte fullgjorde sina skyldigheter skulle den som tilldelats kontraktet vara skyldig att till kommissionen föreslå ett alternativ som inte medförde någon ändring av anbudet och förfrågningsunderlaget. Sökanden angav själv i sitt anbud att försäkringsgivaren i gruppen kunde ersättas enligt följande: ”För det fall att försäkringsgivaren, av skäl som är oberoende av vår vilja, skulle tvingas säga upp försäkringen, kommer Vanbreda att vidta alla erforderliga åtgärder för att försäkringsskyddet ska kunna garanteras på de ursprungligen avtalade villkoren”.

149 Beträffande argumentet att kommissionen ändrade Marsh anbud på ett rättsstridigt sätt i tre hänseenden (försäkringsgivarnas identitet och andelar samt arten av anbudet), har kommissionen i dupliken hänvisat till svarsskrivelsen, med följande preciseringar. En av försäkringsgivarna ersattes utan någon ändring av villkoren i anbudet (100 procent försäkringsskydd, försäkringsgivarnas solidariska åtagande och priset). Fördelningen av andelarna ska hänföras till de interna förbindelserna mellan de försäkringsgivare som är Marsh uppdragsgivare för genomförandet av kontraktet och inte till själva kontraktet. Vad avser den påstådda omvandlingen av det enda anbudet utan solidariskt ansvar till ett gemensamt anbud med solidariskt ansvar, har kommissionen hänvisat till sitt tidigare resonemang att någon sådan omvandling inte företogs.

150 Enligt artikel 112.1 i budgetförordningen ska kontakter mellan den upphandlande myndigheten och de anbudssökande eller anbudsgivarna medan upphandlingsförfarandet pågår ske på ett sätt som säkerställer öppenhet och likabehandling. Sådana kontakter får varken leda till att villkoren för anbudsförfarandet ändras eller till att ett enskilt anbud ändras.

151 Enligt artikel 160 i tillämpningsförordningen är kontakter mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivarna tillåtna i undantagsfall under ett upphandlingsförfarande. Sedan anbuden öppnats får den upphandlande myndigheten kontakta en anbudsgivare om klargöranden krävs i fråga om ett anbud, eller om uppenbara fel i anbudet måste korrigeras. Den upphandlande myndigheten får ta kontakt med en anbudsgivare, men denna kontakt får inte leda till någon ändring av villkoren i anbudet.

152 I förevarande fall följer det av de omständigheter som prövats med avseende på den första delen av den enda grunden att kontakterna mellan Marsh och kommissionen efter öppningen av anbuden bland annat avsåg villkoret om solidaritet, vilket var ett väsentligt villkor i förfrågningsunderlaget.

153 Av dessa kontakter framgick att Marsh anbud av den 25 oktober 2013 i sak inte omfattade ett sådant solidariskt åtagande som angavs i förfrågningsunderlaget och att priset i anbudet följaktligen inte kunde anses fastställt på en grund som var förenlig med upphandlingskraven.

154 Trots att kommissionen omedelbart borde ha beaktat detta förhållande och inte tilldelat Marsh kontraktet, i synnerhet som kontraktet i förevarande fall tilldelades det anbud som innebar det lägsta priset, gick kommissionen ändå vidare med denna tilldelning. Till följd av en försäkringsgivares vägran att ta på sig ett solidariskt ansvar och underteckna försäkringskontraktet, ersattes denna försäkringsgivare av två nya försäkringsgivare, andelarna omfördelades och kontraktet undertecknades slutligen mellan å ena sidan kommissionen och å andra sidan Marsh och sju försäkringsgivare.

155 För att motivera sin ståndpunkt har kommissionen hänvisat till skyldigheten för den som tilldelas kontraktet att i händelse av att någon av de försäkringsgivare som undertecknat kontraktet brister i genomförandet eller drar sig ur föreslå kommissionen ett alternativ som inte medför någon ändring av anbudet eller förfrågningsunderlaget.

156 I förevarande fall var det inte någon försäkringsgivare som drog sig ur eller brast i genomförandet efter undertecknandet av försäkringskontraktet, i vilket fall den som tilldelats kontraktet faktiskt är skyldig att finna en lösning för att säkerställa kontinuitet i de tillhandahållna tjänsterna. I stället drog sig en försäkringsgivare ur innan kontraktet undertecknades, vilket fall följaktligen omfattas av reglerna för offentliga upphandlingsförfaranden.

157 Kontakterna mellan kommissionen och Marsh ledde följaktligen till en väsentlig ändring av villkoren i Marsh ursprungliga anbud, i strid med de tillämpliga reglerna för offentlig upphandling och, i synnerhet, principen om likabehandling av anbudsgivare.

158 Således finns det skäl att anse att det finns fog för även den andra delen av grunden för ogiltigförklaring.

Slutsats avseende yrkandet om ogiltigförklaring

159 Mot ovanstående bakgrund saknas skäl att pröva den tredje delgrunden, avseende ett åsidosättande av principen om öppenhet. Talan ska vinna bifall på förevarande grund och följaktligen ska det angripna beslutet ogiltigförklaras.

Yrkandet om skadestånd

160 Sökanden anser sig ha styrkt att kommissionen gjort sig skyldig till flera rättsstridiga handlingar, vilka i sig eller åtminstone sammantagna, är av den arten att de ska anses utgöra en tillräckligt klar överträdelse av unionsrätten.

161 Vad beträffar den skada som vållats, består den för sökandens del av en förlorad möjlighet, eller till och med förlorad visshet, att tilldelas kontraktet, liksom av en förlorad referens och en ideell skada.

162 Sökanden anser att skadan kan beräknas i överensstämmelse med rätt och billighet (*ex aequo et bono*) till ett schablonbelopp på 1 000 000 euro.

163 Det är nämligen uppenbart att det administrativa förfarandet, om kommissionen inte hade handlat oriktigt vid tilldelningen av kontraktet, skulle ha kunnat leda till ett annat resultat. Om kommissionen hade förkastat Marsh anbud skulle kontraktet ha tilldelats sökanden, eftersom sökanden var det enda andra företag som hade lämnat ett anbud och ett anbud som uppfyllde kraven i förfrågningsunderlaget.

164 Det är dessutom ostridigt att ett kontrakt som omfattar försäkring mot brand och risker förenade med ett innehav av fastigheter med innehåll för alla berörda europeiska institutioner utgör en mycket betydelsefull referens i liknande upphandlingar. Utöver vanliga referenser, är intyg om tidigare väl utfört arbete av avgörande betydelse vid det tekniska urvalet i framtida upphandlingar. Sådana intyg

krävdes för övrigt i förevarande upphandlingsförfarande. Det är uppenbart att sökanden, i den mån kontraktet inte tilldelades sökanden, gick miste om att komma i åtnjutande av ett intyg om väl utfört arbete avseende detta kontrakt som omfattar flera europeiska institutioner.

165 Den omständigheten att kommissionen inte valde sökandens anbud, trots att det var det enda anbud som uppfyllde kraven i upphandlingsförfarandet, stred mot sökandens berättigade förväntningar om att tilldelas kontraktet och vållade sökanden en ideell skada.

166 I repliken har sökanden erinrat om att sökanden framför allt eftersträvar ett genomförande av kontraktet. Det är således endast i den mån sökanden inte beviljas detta genomförande till dess tribunalen meddelar sin dom som sökanden yrkat på en fullständig ersättning av motsvarande värde.

167 Sökanden anser sig redan gott och väl ha styrkt att kommissionen handlat oriktigt. Skadan är faktisk och säker. Beträffande den lagliga möjligheten att avbryta upphandlingsförfarandet och inleda ett nytt förfarande, var detta en rent teoretisk möjlighet mot bakgrund av omständigheterna i förevarande fall. Det var i det närmaste säkert att sökanden skulle ha erhållit kontraktet. I rent ekonomiska termer skulle värdet på detta kontrakt på fyra år ha varit 3 742 000 euro. Sökanden anser sig ha lidit ideell skada till följd av en förlorad referens och ett förlorat anseende. Sökanden har följaktligen vidhållit att skadan kan fastställas till 1 000 000 euro.

168 Kommissionen har bestritt att den handlat rättsstridigt. I andra hand har kommissionen anfört att den inte gjort sig skyldig till något allvarligt och uppenbart överskridande av gränserna för dess utrymme för skönsmässig bedömning. Tvärtom framgår det tydligt av omständigheterna i förevarande fall att kommissionen skyndsamt gjorde allt, i god tro, för att garantera att upphandlingsförfarandet genomfördes i enlighet med alla relevanta bestämmelser, kontrollera att de inlämnade anbuden uppfyllde alla krav i förfrågningsunderlaget och försäkra sig om att det nya försäkringskontraktet skulle träda i kraft i tid för att garantera 100 procent försäkringsskydd för den upphandlande myndigheten.

169 Vad beträffar skadan har sökanden i korthet åberopat ersättning för tre typer av skador som sökanden påstår sig ha lidit. Sökanden har inte visat att dessa påstådda skador är faktiska och säkra.

170 Sökanden har för det första inte lidit någon förlust till följd av en förlorad möjlighet att tilldelas kontraktet, eftersom sökanden inte hade erbjudit det lägsta priset och kommissionen inte hade skäl att anse att Marsh anbud inte uppfyllde de formella kraven och utesluta det.

171 Vad beträffar den förlorade referensen är detta för det andra ingen faktisk och säker skada. Att sökanden gick miste om en ny referens kan inte i sig påverka sökandens kapacitet att delta i liknande upphandlingar i framtiden, och dessutom är denna skada hypotetisk. Sökanden kan inte påstå sig vara säker på att ett intyg om väl utfört arbete skulle ha utfärdats, eftersom ett sådant intyg är avhängigt det konkreta genomförandet av kontraktet och inte kan garanteras i förväg.

172 För det tredje har sökanden inte angett någon ideell skada, utan endast anfört att det stred mot sökandens ”berättigade förväntningar” att inte tilldelas kontraktet. Den upphandlande myndigheten gav för övrigt inte vid något tillfälle anledning till några förhoppningar eller några berättigade förväntningar om att sökanden skulle tilldelas kontraktet.

173 I dupliken har kommissionen framhållit att sökanden utverkade att verkställigheten av kontraktet sköts upp och att ett förhandlat förfarande anordnades, efter vilket parterna tillsammans ingick ett kontrakt för högst 18 månader från och med den 17 februari 2015. Vid beräkningen av skadan borde hänsyn tas till dessa omständigheter.

174 De anförda skadorna är således varken faktiska, säkra eller berör sökanden. Om förfrågningsunderlaget hade tolkas restriktivt eller om Marsh anbud hade betraktats som gemensamt skulle sökandens anbud inte ha kunnat betraktas som giltigt.

175 Kommissionen skulle för övrigt ha kunnat besluta att inte slutföra det omtvistade upphandlingsförfarandet.

176 Kommissionen har bestritt storleken på värdet av den anförda skadan. Den anförda uteblivna vinsten är inte sökandens, som endast handlade som mäklare för egen räkning.

177 Vad beträffar den ideella skadan till följd av att kontraktet påstås ha varit av exceptionell art, har kommissionen bestritt kontraktets exceptionella art.

178 Enligt artikel 340 andra stycket FEUF ska unionen, vad beträffar utomobligatoriskt ansvar, ersätta skada som orsakats av dess institutioner eller av dess anställda under tjänsteutövning, i enlighet med de allmänna principer som är gemensamma för medlemsstaternas rättsordningar.

179 Enligt fast rättspraxis krävs att ett antal villkor är uppfyllda för att unionen ska ådra sig utomobligatoriskt skadeståndsansvar, i den mening som avses i ovan angiven bestämmelse, för rättsstridiga åtgärder som vidtagits av dess organ. Det beteende som den berörda institutionen klandras för ska vara rättsstridigt, det ska föreligga en reell skada och det ska finnas ett orsakssamband mellan detta beteende och den åberopade skadan (se dom av den 29 september 1982, Oleifici Mediterranei/EEG, 26/81, REG, EU:C:1982:318, punkt 16; dom av den 9 september 2008, FIAMM m.fl./rådet och kommissionen, C-120/06 P och C-121/06 P, REG, EU:C:2008:476, punkterna 106 och 164–166; dom av den 9 september 2010, Evropaïki Dynamiki/kommissionen, T-300/07, REU, EU:T:2010:372, punkt 137, och dom av den 16 oktober 2014, Evropaïki Dynamiki/kommissionen, T-297/12, EU:T:2014:888, punkt 28). För att villkoret om ett rättsstridigt agerande ska vara uppfyllt, måste det enligt rättspraxis visas att det är fråga om en tillräckligt klar överträdelse av en rättsregel som syftar till att ge enskilda rättigheter. Det avgörande kriteriet för att anse att en överträdelse är tillräckligt klar är att den berörda unionsinstitutionen uppenbart och allvarligt har missbedömt gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 juli 2000, Bergaderm och Goupil/kommissionen, C-352/98 P, REG, EU:C:2000:361, punkterna 42–44, dom av den 10 december 2002, kommissionen/Camar och Tico, C-312/00 P, REG, EU:C:2002:736, punkt 54, dom AFCon Management Consultants m.fl./kommissionen, punkt 65 ovan, EU:T:2005:107, punkt 93 och ovan angiven dom Evropaïki Dynamiki/kommissionen, EU:T:2014:888, punkt 29).

180 Vad beträffar villkoret om ansvar för rättsstridiga åtgärder är det bland annat fastställt att kommissionen åsidosatte principen om likabehandling av anbudsgivare. Genom att åsidosätta principen om likabehandling, vars iakttagande är väsentligt för att offentliga upphandlingsförfaranden ska vara lagenliga, överträdde kommissionen en rättsregel som syftade till att ge enskilda rättigheter (se, för ett liknande resonemang, dom AFCon Management Consultants m.fl./kommissionen, punkt 65 ovan, EU:T:2005:107, punkt 91, och dom av den 2 mars 2010, Arcelor/parlamentet och rådet, T-16/04, REU, EU:T:2010:54, punkt 134).

181 Det finns dessutom skäl att framhålla att det i förevarande fall rör sig om ett tillräckligt klart åsidosättande. Genom att slutföra det offentliga upphandlingsförfarandet med Marsh under de förutsättningar som anges ovan, bland annat i punkterna 102–128 och 151–156, missbedömde nämligen kommissionen uppenbart och allvarligt sitt utrymme för skönsmässig bedömning.

182 Beträffande villkoret att skadeståndsansvar endast kan komma ifråga om det föreligger en skada och ett orsakssamband mellan det oriktiga handlandet och skadan, har kommissionen gjort gällande, närmare bestämt vad beträffar orsakssambandet, att sökandens anbud inte skulle ha kunnat betraktas som giltigt om förfrågningsunderlaget hade tolkats restriktivt eller om Marsh anbud hade betraktats som ett gemensamt anbud.

183 Detta resonemang har två aspekter.

184 Först och främst har kommissionen genom detta resonemang anfört att den icke restriktiva tolkning av anbudsinfordran som kommissionen förespråkat, och som innebär att anbud fick lämnas in av en mäklare i egenskap av enda anbudsgivare, även gynnade sökanden, vars anbud i avsaknad av ett sådant icke restriktivt förhållningssätt, inte skulle ha kunnat betraktas som giltigt. Kommissionen anser således att den restriktiva tolkning av anbudsinfordran som förespråkats av sökanden under alla omständigheter skulle ha inneburit att sökandens anbud skulle ha uteslutits. Följaktligen kan det inte finnas något orsakssamband mellan kommissionens fel, vilket i praktiken tjänade sökandens intressen, och förkastandet av sökandens anbud.

185 Detta påstående kan inte godtas.

186 Likaväl (såsom konstateras ovan vid prövningen av den första delen av den enda grunden för ogiltigförklaring) som lydelsen och systematiken i anbudsinfordran innebar att det var uteslutet att ett anbud lämnades in av en mäklare i egenskap av enda anbudsgivare, hindrar nämligen samma lydelse och systematik inte att ett gemensamt anbud lämnas in av en grupp bestående av en mäklare och en enda försäkringsgivare.

187 Visserligen är det tänkbart att ett gemensamt anbud, särskilt – som i förevarande fall – då stora risker ska täckas, kunde ha varit intressantare för flera försäkringsgivare som samverkade kring en mäklare, än för en enda försäkringsgivare som företräddes av en mäklare. Men även om detta skulle kunna vara förklaringen till den frekventa användningen av pluralformen (”försäkringsgivarna”) i upphandlingshandlingarna, skulle det inte ha varit skäl nog att motivera ett uteslutande av ett anbud från en grupp bestående av en mäklare och en enda försäkringsgivare.

188 Dessutom stred det inte mot systematiken i det system som inrättades genom anbudsinfordran att en sådan grupp lämnade in ett anbud. Det framgick nämligen tydligt att den information som vid ett gemensamt anbud skulle inges i upphandlingen, oavsett om anbudet lämnades av en eller flera försäkringsgivare som företräddes av en mäklare, skulle avse varje part i gruppen, vilket utgör en signifikant skillnad jämfört med ett anbud från en mäklare som enda anbudsgivare.

189 Det skulle strida mot principen om likabehandling att utan objektiva skäl tolka förfrågningsunderlaget så, att det var uteslutet att ett gemensamt anbud lämnades in av en grupp bestående av en försäkringsgivare som företräddes av en mäklare, samtidigt som ett anbud fick lämnas in av en försäkringsgivare som enda anbudsgivare eller ett gemensamt anbud godtogs från en grupp bestående av två försäkringsgivare som företräddes av en mäklare.

190 I dupliken har kommissionen förklarat att den, vid utformningen av förfrågningsunderlaget, förväntade sig anbud från en enda försäkringsgivare, eller från flera försäkringsgivare i ett konsortium, eventuellt företrädda av en ledande anbudsgivare eller en mäklare. Kommissionen har emellertid inte motiverat, framför allt inte på något övertygande vis, på vilket sätt inlämnandet av ett gemensamt anbud från en försäkringsgivare och en mäklare överskred vad som angavs i anbudsinfordran.

191 För fullständighetens skull, finns det slutligen skäl att framhålla att det beträffande gemensamma anbud föreskrivs i artikel 5.1 tredje stycket i de tekniska specifikationerna, avseende undertecknandet av försäkringskontraktet, att kontraktet, ”för det fall att ett anbud lämnas in av flera solidariskt ansvariga försäkringsgivare, som handlar i konsortium och företräds av en mäklare, … i händelse av

tilldelning, [ska] undertecknas gemensamt av alla försäkringsgivare och av mäklaren”. Vidare anges att ”försäkringsgivaren eller försäkringsgivarna i ett sådant fall även ska förbinda sig att garantera att den upphandlande myndigheten blir fullt försäkrad (100 procent försäkringsskydd) utan avbrott under hela kontraktstiden” och att ”mäklaren ska ersättas direkt av försäkringsgivaren eller försäkringsgivarna.” ”Avtalsparten” definieras för övrigt i de tekniska specifikationerna som ”det försäkringsbolag eller försäkringsföretag med vilket kontraktet tecknas och vilket anges för detta ändamål i de särskilda villkoren”.

192 Att singularformen används (”försäkringsgivaren eller försäkringsgivarna”, ”det försäkringsbolag eller det försäkringsföretag”) styrker vad som anges ovan i punkterna 185–190, och som i sig är tillräckligt, att anbudsinfordran inte uteslöt möjligheten att ett gemensamt anbud lämnades in av en grupp bestående av en mäklare och en enda försäkringsgivare.

193 Enligt det resonemang som beskrivs ovan i punkt 182 skulle sökandens anbud inte ha kunnat anses giltigt om Marsh anbud hade betraktats som ett gemensamt anbud, eftersom en och samma försäkringsgivare (AIG) figurerade samtidigt i två anbud.

194 Oberoende av att det inte är fastställt att den hypotes som anförts av kommissionen automatiskt, under omständigheterna i förevarande fall, skulle ha fått de påstådda följderna (se, analogt och för ett liknande resonemang, dom av den 19 maj 2009, Assitur, C-538/07, REG, EU:C:2009:317, punkt 30, dom av den 23 december 2009, Serrantoni och Consorzio stabile edili, C-376/08, REU, EU:C:2009:808, punkterna 38–42 och punkt 46 samt domslutet, och dom av den 13 december 2012, Forposta och ABC Direct Contact, C-465/11, REU, EU:C:2012:801, punkt 14), ska det konstateras att hypotesen inte stämmer överens med verkligheten. Marsh anbud var nämligen inte ett gemensamt anbud, utan ett anbud som lämnades av en mäklare som enda anbudsgivare. Därigenom var det inte förenligt med förfrågningsunderlaget, och av det skälet och av de skäl som anförs ovan vid prövningen av den första delen av grunden för ogiltigförklaring borde det ha förklarats ogiltigt av kommissionen. Kommissionens argument kan därför inte godtas.

195 Utöver vad som anförts ovan har kommissionen gjort gällande att de påstådda skadorna varken var faktiska, säkra eller sökandens egna och, i andra hand, att hänsyn ska tas till uppskovet med verkställigheten av Marsh kontrakt och beviljandet av ersättningskontraktet.

196 Beträffande den anförda förlorade möjligheten att erhålla kontraktet, finns det skäl att framhålla att sökandens anbud av kommissionen förklarades vara förenligt med de formella kraven, att det var det enda anbudet utöver Marsh anbud och att det valdes bort till förmån för Marsh anbud på grund av att det anbudet hade det lägsta priset.

197 Av detta följer att sökanden skulle ha haft ett mycket fördelaktigt läge för att erhålla kontraktet om Marsh anbud hade förklarats inte uppfylla de formella kraven i anbudsinfordran på grund av att det lämnades in av en mäklare som enda anbudsgivare, eller om detta anbud hade förklarats inte uppfylla de formella kraven på grund av att det inte innebar att de föreslagna anbudsgivarna var solidariskt ansvariga.

198 Kommissionen har för övrigt inte på allvar förnekat detta. Kommissionen har endast upprepat att den inte gjort sig skyldig till någon rättsstridighet, gjort gällande de argument som underkänns ovan i punkterna 184–194 och erinrat om att kommissionen under alla omständigheter hade kunnat avstå från det omtvistade upphandlingsförfarandet och inleda ett nytt förfarande, vilket skulle ha inneburit att sökanden inte hade någon visshet om att erhålla det omtvistade kontraktet.

199 Vad gäller den sistnämnda punkten är det visserligen riktigt att den upphandlande myndigheten fram till dess att ett kontrakt undertecknats alltid har rätt att avstå från att ingå ett enskilt kontrakt eller att avbryta upphandlingsförfarandet utan att anbudssökande eller anbudsgivare kan göra anspråk på någon ersättning (artikel 114 i budgetförordningen). Icke desto mindre är det så, att kommissionen faktiskt

inte avstod från att ingå kontraktet eller avbröt förfarandet och att sökanden skulle ha haft mycket goda möjligheter att under de aktuella omständigheterna erhålla kontraktet, om kommissionen inte hade handlat rättsstridigt.

200 Mot bakgrund av samtliga omständigheter i förevarande mål tycks det vara möjligt att uppskatta att sökanden skulle ha haft 90 procents chans att ingå kontraktet, om kommissionen inte hade handlat rättsstridigt.

201 Sökanden har i sin talan uppskattat att den sammanlagda skadan, med hänsyn till den förlorade möjligheten, den förlorade referensen och den ideella skadan, i överensstämmelse med rätt och billighet (*ex aequo et bono*) kan värderas till 1 000 000 euro.

202 Sökanden har inte delat upp detta belopp på de tre typerna av anförd skada. I stället har sökanden som referensvärde angett värdet på det förlorade kontraktet, 3 742 300 euro, och förklarat att detta värde är det årliga pris som angavs i anbudet (935 574 euro/år) multiplicerat med de fyra åren i kontraktet. Sökanden har understrukit omfattningen av den ideella skadan mot bakgrund av kontraktets betydande värde (”flera miljoner”) och längd (fyra år).

203 Kommissionen, som antagit att det belopp som yrkats har beräknats utifrån kontraktets årliga värde, har gjort gällande att detta belopp, som ligger nära det årliga värdet, måste omfatta AIG:s ersättning och att det således endast till en begränsad del motsvarar sökandens ersättning. Kommissionen har således bestritt beloppet och gjort gällande att sökanden, i förevarande talan, endast handlar för egen räkning och således endast kan begära ersättning för egen skada.

204 Kommissionen har dessutom bestritt skada till följd av en utebliven referens. Enligt kommissionen kan avsaknaden av en ny referens inte i sig påverka sökandens kapacitet att delta i liknande upphandlingar i framtiden. Beträffande de uteblivna intygen om väl utfört arbete är sådana per definition beroende av att kontraktet genomförs väl. Den anförda ideella skadan är inte faktisk och säker.

205 Det antagande som ligger till grund för kommissionens första invändning, vilken berörs ovan i punkt 203, motsägs av uppgifterna i de handlingar som ingetts till tribunalen. Det följer nämligen av sökandens inlagor att det begärda beloppet inte har beräknats utifrån kontraktets årliga värde, utan utifrån kontraktets sammanlagda värde för fyra år. Detta följer tydligt av den koppling som sökanden gjort mellan det begärda beloppet och detta sistnämnda värde samt av hänvisningen till kontraktet, vilket anges omfatta fyra år och motsvara flera miljoner euro (se ovan punkt 202).

206 Följaktligen, och i och med att det begärda beloppet endast motsvarar något mer än en fjärdedel av kontraktets värde över fyra år och att sökanden för övrigt har gjort gällande förlusten av en i det närmaste säker möjlighet att erhålla kontraktet, kan det begärda beloppet logiskt sett endast motsvara skada som denna part påstår sig ha lidit för egen del. I annat fall skulle sökanden, som anser sig ha förlorat en i det närmaste säker möjlighet att erhålla kontraktet, logiskt sett ha yrkat på ett betydligt större skadestånd, för egen del och för försäkringsgivaren, i förhållande till kontraktets värde över fyra år.

207 Vad sedan beträffar frågan huruvida sökanden hade rätt i att hänvisa till de fyra åren i kontraktet vid värderingen av skadan, angavs det i meddelandet om upphandling att kontraktets giltighetstid var 48 månader (punkt II.3 i meddelandet om upphandling, punkt 4 i del 1). På samma sätt angavs att meddelandet om nästa upphandling skulle offentliggöras 36 månader efter tilldelningen (punkt VI.1 i medelandet om upphandling). I utkastet till tjänstekontrakt i bilagan till anbudsinfordran angavs att ”[K]ontrakt ska ingås för en period på tolv månader” (artikel I.2.3 i utkastet till kontrakt) och att ”[det] förlängs högst tre gånger om ingen av parterna säger upp det, varje gång för en genomförandeperiod på tolv månader …, om inte den upphandlande myndigheten underrättar avtalsparten att den har för avsikt att inte förlänga kontraktet och om denna underrättelse [görs] sex månader innan uppgifterna för den föregående perioden har avslutats” (artikel I.2.4 i utkastet

till kontrakt). I utkastet till kontrakt angavs för övrigt beträffande översyn av priserna och den årliga premien följande lydelser ”det första året för genomförandet av kontraktet”, ”det andra året för genomförandet av kontraktet” och ”varje år av genomförande av kontraktet” (artikel I.3.2 i utkastet till kontrakt). Samma begrepp användes i de tekniska specifikationerna (se punkt 9.2 i de tekniska specifikationerna).

208 En jämförelse av dessa villkor visar att det var riktigt av sökanden att i sin talan anföra kontraktets hela giltighetstid som grund för sitt yrkande om ersättning, eftersom det rörde sig om ett kontrakt på fyra år som på sin höjd innebar en årlig möjlighet att inte förlänga kontraktet, som endast stod öppen för den upphandlande myndigheten och på vissa stränga processuella villkor. Likväl finns det emellertid skäl att ta hänsyn till den risk som följer av denna årliga rätt att inte förlänga kontraktet när ersättningen fastställs.

209 Det framgår inte av sökandens inlagor om denne satt ned sitt skadeståndsanspråk med hänsyn till de kostnader för genomförandet av kontraktet som sökanden skulle ha haft om kontraktet hade tilldelats sökanden. Det är omöjligt att fastställa dessa kostnader på grundval av handlingarna i målet. Lydelsen i talan tyder visserligen på att sökanden endast yrkat på ersättning för egen skada, men det finns ändå inga uppgifter i handlingarna i målet som gör det möjligt att kontrollera sökandens del av kontraktets sammanlagda värde.

210 Även om sökanden år 2014 visserligen gick miste om möjligheten att erhålla ett fyraårskontrakt, erhöll sökanden ändå den 17 februari 2015, det vill säga ungefär elva månader och två veckor efter det omtvistade kontraktets ikraftträdande, det försäkringskontrakt som var föremål för det förhandlade förfarande som kommissionen inledde efter beslut Vanbreda Risk & Benefits/Commission, punkt 33 ovan (EU:T:2014:1024). Som sökanden framhållit ingicks det sistnämnda kontraktet för en period på högst 18 månader, till och med den 17 augusti 2016, medan det kontrakt som är föremål för förevarande tvist skulle ha löpt ut i mars 2018.

211 Även dessa omständigheter är av den arten att de påverkar värdet på den skada som sökanden lidit, vilken för övrigt själv har angett i sina inlagor att yrkandena om motsvarande ersättning endast är befogade om sökanden inte beviljas genomförandet av kontraktet och, om sökanden erhåller ett sådant genomförande med fördröjning, att skadan ska beräknas utifrån denna fördröjning.

212 Av ovanstående följer, beträffande den förlorade möjligheten att erhålla kontraktet, att det visserligen i princip är tillräckligt styrkt att en ersättningsbar skada föreligger, men att storleken på denna skada i nuläget inte kan fastställas i tillräcklig grad för att tribunalen ska kunna uttala sig om grunden för det belopp som yrkats av sökanden eller fastställa ett annat belopp.

213 Vad beträffar den uteblivna referensen, vilket enligt sökanden omfattar uteblivna intyg om väl genomfört arbete, finns det skäl att direkt underkänna denna sista form av skada, i och med att det är sådana intyg som avses. Huruvida sådana handlingar utfärdas är nämligen inte beroende av kontraktets beviljande, utan av ett framtida och hypotetiskt gott genomförande av detta kontrakt.

214 Däremot kan det inte förnekas att sökanden på motsvarande sätt som den förlorade möjligheten att erhålla kontraktet gick miste om möjligheten att förfoga över en referens från kontraktets beviljande, vilken skulle ha blivit en faktisk följd om sökanden hade erhållit kontraktet. Men inte heller på denna punkt förfogar tribunalen över tillräckliga uppgifter för att fastställa hur stor del av det belopp som yrkats av sökanden som hänför sig till den förlorade möjligheten att erhålla kontraktet respektive till den förlorade möjligheten att erhålla referensen.

215 Vad beträffar den ideella skadan till följd av att kommissionen tilldelade tredje part kontraktet, i strid med sökandens berättigade förväntningar, vilken hade lämnat in det enda formellt korrekta anbudet, har kommissionen gjort gällande att sökanden endast har åberopat kommissionens rättsstridiga

handlande och att sökanden inte vid något tillfälle haft någon förvissning eller några berättigade förväntningar om att tilldelas kontraktet. I repliken har sökanden inte bemött detta argument, utan har likställt den ideella skadan med en förlorad referens eller ett förlorat anseende.

216 Kommissionen gav inte vid något tillfälle sökanden anledning att hysa någon förvissning eller några berättigade förväntningar om att erhålla kontraktet. Vad gäller den ideella skadan till följd av det angripna beslutets rättsstridighet, följer det av fast rättspraxis att en sådan skada i princip gottgörs genom att rättsstridigheten fastställs av en domstol (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 juni 2006, Girardot/kommissionen, T-10/02, REGP, EU:T:2006:148, punkt 131). Beträffande den anförda ideella skadan till följd av förlorade referenser och förlorat anseende, sammanfaller den delvis med skadan till följd av förlorade referenser, vilken redan prövats ovan. Vad beträffar förlorat anseende så är skadan inte faktisk och säker.

217 Av vad som anförs ovan följer att tribunalen, samtidigt som den kan fastställa ett visst antal punkter avseende yrkandet om skadestånd, inte förfogar över tillräckliga uppgifter för att bekräfta det belopp som yrkats eller för att själv värdera skadan. Mot den bakgrunden ska sökandens yrkande om skadestånd bifallas i den mån det avser gottgörelse av en förlorad möjlighet att tilldelas det omtvistade kontraktet och erhålla motsvarande referenser om ett beviljat kontrakt. I övrigt ska yrkandet ogillas. Beträffande det ersättningsbara beloppet för den förlorade möjligheten, anmodas parterna, med förbehåll för tribunalens senare avgörande, att komma överens om detta belopp mot bakgrund av domskälen i denna dom och att senast sex månader från dagen för denna dom meddela tribunalen vilka belopp som enligt överenskommelse ska erläggas eller, om ingen överenskommelse kommer till stånd inom samma frist inge sina beloppsmässiga yrkanden tillsammans med erforderlig motivering så att tribunalen kan bedöma huruvida de är välgrundade.

Rättegångskostnader

218 Frågan om rättegångskostnader anstår.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (sjätte avdelningen)

följande:

1) Beslutet av den 30 januari 2014 genom vilket Europeiska kommissionen förkastade det anbud som ingetts av Vanbreda Risk & Benefits avseende del 1 i anbudsförfarande OIB.DR.2/PO/2013/062/591 om försäkring av egendom och personer (EUT 2013/S 155-269617) och tilldelade ett annat bolag kontraktet för denna del, ogiltigförklaras.

2) Europeiska unionen ska ersätta den skada som Vanbreda Risk & Benefits lidit på grund av den förlorade möjligheten att tilldelas ovannämnda kontrakt och få motsvarande referenser för tilldelningen av kontraktet.

3) Skadeståndtalan ogillas i övrigt.

4) Parterna ska inom sex månader från dagen för denna dom meddela tribunalen vilka belopp avseende skadestånd som enligt överenskommelse ska erläggas.

5) Om ingen överenskommelse kommer till stånd ska parterna inom samma frist till tribunalen inge sina beloppsmässiga yrkanden.

6) Frågan om rättegångskostnader anstår.

Frimodt Nielsen Dehousse Collins

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 29 oktober 2015.

Underskrifter

Innehållsförteckning

Bakgrund till tvisten 2

Förfarandet och under förfarandet inträffade förändringar i processmaterialet 4

Rättslig bedömning 6

Yrkandet om ogiltigförklaring 6

Den första delgrunden, avseende ett åsidosättande av principen om likabehandling av anbudsgivare, artikel 111.5 och artikel 113.1 i budgetförordningen, artikel 146.1 och 146.2, artikel 149.1 och artikel 158.1 och 158.3 i tillämpningsförordningen samt av förfrågningsunderlaget 6

– Huruvida vissa argument som anförts i repliken kan tas upp till sakprövning 8

– Huruvida Marsh deltagande i upphandlingen i egenskap av försäkringsmäklare och enda anbudsgivare var rättsstridigt 9

– Åsidosättande av likabehandlingsprincipen i skriftväxlingen mellan kommissionen och Marsh efter öppnandet av anbuden 14

Den andra delgrunden, avseende ett åsidosättande av principen om likabehandling genom att Marsh anbud ändrades efter öppningen av anbuden 20

Slutsats avseende yrkandet om ogiltigförklaring 23

Yrkandet om skadestånd 23

Rättegångskostnader 30