

orzeczenie z dnia 8 lutego 2018 r. w sprawie C-144/17 *Lloyd's of London*

WYROK TRYBUNAŁU (szósta izba)

z dnia 8 lutego 2018 r. (*)

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Artykuły 49 i 56 TFUE – Dyrektywa 2004/18/WE – Podstawy wykluczenia z udziału w postępowaniu przetargowym – Usługi ubezpieczeniowe – Uczestnictwo kilku syndykatów Lloyd's of London w tym samym postępowaniu przetargowym – Podpisanie ofert przez przedstawiciela ogólnego Lloyd's of London na dany kraj – Zasady przejrzystości, równego traktowania i niedyskryminacji – Proporcjonalność

W sprawie C-144/17

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunale amministrativo regionale per la Calabria (regionalny sąd administracyjny dla Kalabrii, Włochy) postanowieniem z dnia 22 lutego 2017 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 22 marca 2017 r., w postępowaniu:

Lloyd's of London

przeciwko

Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria,

TRYBUNAŁ (szósta izba),

w składzie: C.G. Fernlund, prezes izby, J.C. Bonichot i E. Regan (sprawozdawca), sędziowie,

rzecznik generalny: E. Tanchev,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Lloyd's of London przez R. Villata, A. Degli Esposti i P. Biavati, avvocati,
- w imieniu Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria przez V. Zicara, avvocato,
- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez E. De Bonisa, avvocato dello Stato,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez N. Khana, G. Gattinarę i P. Ondrůška, działających w charakterze pełnomocników,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,

wyduje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni zasad przejrzystości, równego traktowania i niedyskryminacji, jakie wynikają z art. 49 i 56 TFUE, i które zostały przewidziane w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 132).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Lloyd's of London (zwanym dalej „Lloyd's”) a Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria (regionalną agencją ochrony środowiska naturalnego w Kalabrii, Włochy, zwaną dalej „Arpacalem”), w przedmiocie decyzji tej agencji o wyłączeniu dwóch „syndykatów” (zwanym dalej „syndykatami”) będących członkami Lloyd's z uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi ubezpieczeniowe.

Ramy prawne

Prawo Unii

Dyrektywa 2004/18

- 3 Zgodnie z motywem 46 dyrektywy 2004/18:

„Zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów, zapewniających zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarantujących, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. [...]”.

- 4 Artykuł 2 tej dyrektywy stanowił:

„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty”.

- 5 Artykuł 45 wspomnianej dyrektywy wymieniał powody wykluczenia uczestnictwa podmiotu gospodarczego z postępowania w sprawie zamówienia publicznego.

- 6 Dyrektywa 2004/18 została uchylona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych (Dz.U. 2014, L 94, s. 65). Zgodnie z art. 90 ust. 1 dyrektywy 2014/24 państwa członkowskie wprowadzają w życie przepisy niezbędne do wykonania dyrektywy nie później niż do dnia 18 kwietnia 2016 r. Na podstawie art. 91 wspomnianej dyrektywy dyrektywa 2004/18 została uchylona w tej samej dacie.

Dyrektywa 2009/138

- 7 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/138/WE z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Wyłącalność II) (Dz.U. 2009, L 335, s. 1), przewiduje w art. 145, zatytułowanym „Warunki tworzenia oddziału”, ust. 2, co następuje:

„Państwa członkowskie wymagają od każdego zakładu ubezpieczeń, który zamierza utworzyć oddział na terytorium innego państwa członkowskiego, przekazania następujących informacji przy dokonywaniu przewidzianego w ust. 1 zawiadomienia:

[...]

- c) nazwisko osoby która dysponuje odpowiednimi uprawnieniami do zaciągania wobec osób trzecich zobowiązań w imieniu zakładu ubezpieczeń lub, w przypadku towarzystwa Lloyd's, w imieniu zainteresowanych ubezpieczycieli, oraz do reprezentowania go lub ich w stosunkach z organami i sądami przyjmującego państwa członkowskiego (zwanej dalej »upoważnionym przedstawicielem«);

[...]

W odniesieniu do towarzystwa Lloyd's, w razie postępowania sądowego w przyjmującym państwie członkowskim, wynikającego ze zobowiązań ubezpieczeniowych, osoby ubezpieczone nie są traktowane mniej korzystnie niż by to miało miejsce w przypadku postępowania sądowego wszczętego przeciwko przedsiębiorstwom konwencjonalnego rodzaju”.

- 8 Załącznik III do tej dyrektywy, zatytułowany „Forma prawna zakładów”, zawiera w każdej z części od A do C, dotyczących form zakładów ubezpieczeń na życie i zakładów ubezpieczeń innych niż na życie, pkt 27, który wymienia w odniesieniu do Zjednoczonego Królestwa stowarzyszenie ubezpieczycieli Lloyd's.

Prawo włoskie

- 9 Le decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (dekret ustawodawczy nr 163 – kodeks zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy w wykonaniu dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE) z dnia 12 kwietnia 2006 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 100 z dnia 2 maja 2006 r.), zmieniony dekretem z mocą ustawy nr 135 z dnia 25 września 2009 r. (GURI nr 223 z dnia 25 września 2009 r.), przekształcony w ustawę nr 166 z dnia 20 listopada 2009 r. (GURI nr 274 z dnia 24 listopada 2009 r.) (zwany dalej „dekretom ustawodawczym nr 163/2006”) regulował we Włoszech ogół postępowań z zakresu zamówień publicznych w sektorach robót budowlanych, usług i dostaw.
- 10 Artykuł 38 ust. 1 lit. m) quater tego dekretu ustawodawczego przewidywał wykluczenie z uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie koncesji i zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy i świadczenie usług oraz z zawarcia związanych z tym umów podwykonawstwa ubiegających się, którzy „w odniesieniu do innego oferenta w tym samym postępowaniu pozostają w stosunku kontroli w rozumieniu art. 2359 kodeksu cywilnego lub pozostają z nim w jakimkolwiek związku, także faktycznym, jeżeli owa kontrola lub związek oznaczają, że oferty mogą zostać przypisane jednemu ośrodkowi decyzyjnemu”.
- 11 Jeżeli chodzi w szczególności o oświadczenia, jakie powinny zostać przedstawione przez kandydatów lub oferentów, to art. 38 ust. 2 wspomnianego dekretu ustawodawczego przewidywał:

„Zgodnie z ust. 1 lit. m) quater oferent załącza jedno z następujących oświadczeń:

- a) oświadczenie o niepozostawaniu z jakąkolwiek inną osobą w stosunku kontroli w rozumieniu art. 2359 kodeksu cywilnego, oraz o złożeniu oferty w sposób autonomiczny;
- b) oświadczenie o braku wiedzy co do udziału w tym samym postępowaniu osób, które pozostają z nim w stosunku kontroli w rozumieniu art. 2359 kodeksu cywilnego oraz o złożeniu oferty w sposób autonomiczny;
- c) oświadczenie o posiadaniu wiedzy co do uczestnictwa w tym samym postępowaniu osób, które pozostają z nim w stosunku kontroli w rozumieniu art. 2359 kodeksu cywilnego, oraz o złożeniu oferty w sposób autonomiczny.

W sytuacjach, o których mowa w lit. a), b) i c), instytucja zamawiająca wyklucza oferentów, co do których na podstawie jednoznacznych dowodów zostało stwierdzone, że złożone odpowiednio przez każdego z nich oferty można przypisać jednemu ośrodkowi decyzyjnemu. Ocena i ewentualne wykluczenie są dokonywane po otwarciu kopert zawierających ofertę ekonomiczną”.

Postępowanie główne i pytanie prejudycjalne

- 12 W dniu 13 sierpnia 2015 r. Arpacal wszczął otwarte postępowanie przetargowe w sprawie udzielenia zamówienia na usługi ubezpieczenia w celu pokrycia ryzyka związanego z odpowiedzialnością cywilną tej agencji wobec osób trzecich oraz robotników na okres obejmujący lata 2016–2018. Zamówienie miało zostać udzielone według kryterium najkorzystniejszej ekonomicznie oferty.
- 13 Dwa syndykaty będące członkami Lloyd's, Arch i Tokio Marine Kiln, uczestniczyły w tym postępowaniu. Obie oferty zostały podpisane przez specjalnego pełnomocnika ogólnego przedstawiciela Lloyd's we Włoszech.
- 14 Decyzjami z dnia 29 września 2015 r. i 1 października 2016 r. Arpacal wykluczył te dwa syndykaty z postępowania z powodu naruszenia art. 38 ust. 1 lit. m) quater dekretu ustawodawczego nr 163/2006.
- 15 Lloyd's za pośrednictwem swojego przedstawiciela ogólnego na Włochy wystąpił do sądu odsyłającego, Tribunale amministrativo regionale per la Calabria (regionalnego sądu administracyjnego dla Kalabrii, Włochy), który uchylił każdą z tych dwóch decyzji wyrokami, odpowiednio, z dnia 19 stycznia i 21 listopada 2016 r. i zarządził w każdym z nich dopuszczenie syndykatów do postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.
- 16 Dwoma decyzjami wydanymi w dniu 14 grudnia 2016 r. Arpacal ponownie wykluczył owe dwa syndykaty z postępowania z powodu naruszenia tego samego art. 38 ust. 1 lit. m) quater na tej podstawie, że oferty można było przypisać obiektywnie jednemu ośrodkowi decyzyjnemu, ponieważ oferty techniczne i ekonomiczne zostały przedstawione, sformułowane i podpisane przez jedną i tę samą osobę, to znaczy, przez specjalnego pełnomocnika głównego przedstawiciela Lloyd's na Włochy (zwanymi dalej „spornymi decyzjami”).
- 17 Lloyd's, nadal działając za pośrednictwem swojego głównego przedstawiciela na Włochy, ponownie wniósł skargę na sporne decyzje do sądu odsyłającego. Na poparcie tej skargi Lloyd's podniósł, że stanowi on „zbiorową osobę prawną o wielowarstwowej

strukturze” tworzącą uznane towarzystwo osób fizycznych i prawnych – członków – które działają autonomicznie w grupach – syndykatach – również działających samodzielnie i stanowiących konkurencję dla siebie, mimo że przynależą do tej samej organizacji. Każda wewnętrzna struktura jest pozbawiona własnej osobowości prawnej i działa za pośrednictwem przedstawiciela ogólnego, jednego dla wszystkich syndykatów działających w danym państwie.

- 18 Arpacal twierdzi z kolei, że liczne dowody wskazują na to, że dwie oferty można przypisać jednemu ośrodkowi decyzyjnemu, a mianowicie: identyczność zastosowanych formularzy, identyczny podpis tej samej osoby działającej jako specjalny pełnomocnik przedstawiciela ogólnego na Włochy, progresywna numeracja papieru firmowego dwóch ofert ekonomicznych, a także identyczność sformułowań i oświadczeń. Z powyższego wynika naruszenie zasad poufności ofert, swobodnej i uczciwej konkurencji, a także równego traktowania oferentów.
- 19 Sąd odsyłający zauważa, że zgodnie z krajowym orzecznictwem, jeżeli kilka syndykatów ubezpieczycieli Lloyd’s uczestniczy w tym samym postępowaniu przetargowym, podpisanie przez ogólnego przedstawiciela Lloyd’s na Włochy akt kandydatury i oferty ekonomicznej syndykatów nie stanowi naruszenia ani art. 38 ust. 1 lit. m) quater, ani art. 38 ust. 2 dekretu ustawodawczego nr 163/2006, ani zasad konkurencji, autonomii i poufności ofert. W tym zakresie orzecznictwo to podkreśla szczególną strukturę Lloyd’s, który zgodnie z uregulowaniem Zjednoczonego Królestwa działa w różnych krajach za pośrednictwem jednego ogólnego przedstawiciela. Podobnie w opinii nr 110 z dnia 9 kwietnia 2008 r. Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (organ nadzoru nad zamówieniami publicznymi, Włochy), obecnie Autorità Nazionale Anticorruzione (krajowy organ antykorupcyjny, Włochy), stwierdził, że autonomia syndykatów oraz konkurencja pomiędzy nimi pozwala na zapewnienie swobodnej konkurencji pomiędzy kandydatami i ich równego traktowania.
- 20 Sąd odsyłający zastanawia się jednak nad zgodnością spornego uregulowania krajowego, takiego jak interpretowane przez orzecznictwo krajowe, z prawem Unii. Oczywiście dyrektywa 2009/138 uznawała Lloyd’s za szczególną formę zakładu ubezpieczeniowego, którego ubezpieczyciele byli upoważnieni do działania w Unii Europejskiej za pośrednictwem przedstawiciela ogólnego jednego dla danego państwa członkowskiego. Niemniej jednak, pomimo że syndykaty będące członkami Lloyd’s działały w autonomii i konkurencji w stosunku do pozostałych, to jednak nie ulega zmianie to, że postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego są regulowane przez imperatywne przepisy mające na celu zapewnienie przestrzegania równego traktowania. Otóż wiadomo, że w trakcie podpisywania ofert syndykatów ogólny przedstawiciel zna ich treść. Tym samym podpisanie przez tę samą osobę kilku ofert przedstawionych przez różnych ubiegających się mogłoby naruszyć autonomię i poufność owych ofert, a tym samym naruszyć zasadę konkurencji ustanowioną w szczególności w art. 101 i 102 TFUE.
- 21 W tych okolicznościach Tribunale amministrativo regionale per la Calabria (regionalny sąd administracyjny dla Kalabrii) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy zasady zawarte w przepisach prawa Unii w dziedzinie konkurencji, o których mowa w [traktacie FUE], jak również wywodzące się z nich zasady takie jak autonomia i poufność ofert, stoją na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu w wykładni dokonanej przez orzecznictwo, umożliwiającemu jednoczesny udział w tym samym przetargu ogłoszonym przez instytucję zamawiającą różnych syndykatów przynależnych do

Lloyd's, jeżeli ich oferty zostały podpisane przez tę samą osobę, ogólnego przedstawiciela na dany kraj?”.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

- 22 Należy przypomnieć, że w ramach ustanowionej w art. 267 TFUE procedury współpracy między sądami krajowymi a Trybunałem, do tego ostatniego należy udzielenie sądowi krajowemu użytecznej odpowiedzi, która umożliwi mu rozstrzygnięcie zawisłego przed nim sporu. Mając to na uwadze, Trybunał musi w razie potrzeby przeformułować przedłożone mu pytania (zob. w szczególności wyrok z dnia 11 marca 2008 r., Jager, C-420/06, EU:C:2008:152, pkt 46).
- 23 W niniejszej sprawie spór w postępowaniu głównym dotyczy zamówienia publicznego na usługi ubezpieczenia, w którym nie zostało wskazane, iż jego wartość osiągnie próg ustalony przez dyrektywę 2004/18. Należy jednak przypomnieć, że udzielanie zamówień publicznych, które ze względu na swoją wartość nie są objęte zakresem tej dyrektywy, podlega w każdym razie podstawowym i ogólnym zasadom traktatu FUE, w szczególności zasadzie równego traktowania i niedyskryminacji z uwagi na przynależność państwową, a także wynikającemu z nich obowiązkowi przejrzystości, o ile dane zamówienie posiada niewątpliwe transgraniczne znaczenie w świetle określonych obiektywnych kryteriów (wyrok z dnia 16 kwietnia 2015 r., Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, pkt 16).
- 24 W konsekwencji należy stwierdzić, że przez swoje pytanie sąd odsyłający zasadniczo pyta o to, czy zasady przejrzystości, równego traktowania i niedyskryminacji, wynikające z art. 49 i 56 TFUE i przewidziane w art. 2 dyrektywy 2004/18 trzeba interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one uregulowaniu państwa członkowskiego, takiemu jak sporne w postępowaniu głównym, które nie pozwala na wykluczenie dwóch syndykatów należących do Lloyd's z uczestnictwa w tym samym przetargu na usługi ubezpieczeniowe z tego tylko powodu, że każda z ich ofert została podpisana przez ogólnego przedstawiciela Lloyd's na dane państwo członkowskie.
- 25 W tym zakresie należy na wstępie wyjaśnić, że o ile dyrektywa 2004/18 została uchylona przez dyrektywę 2014/24 ze skutkiem od dnia 18 kwietnia 2016 r., to z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika, że co do zasady zastosowanie ma dyrektywa obowiązująca w momencie, gdy instytucja zamawiająca wybierała tryb postępowania, który będzie stosować, i ostatecznie rozstrzygała kwestię, czy w celu udzielenia zamówienia publicznego istnieje obowiązek wcześniejszego zorganizowania przetargu. Nie znajdują natomiast zastosowania przepisy dyrektywy, której termin transpozycji upłynął po tej dacie. (zob. w szczególności wyrok z dnia 14 września 2017 r., Casertana Costruzioni, C-223/16, EU:C:2017:685, pkt 21).
- 26 Ponieważ omawiane w postępowaniu głównym postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia zostało wszczęte w dniu 13 sierpnia 2015 r., podczas gdy dyrektywa 2014/24 została przyjęta w dniu 26 lutego 2014 r., a w każdym razie termin na jej transpozycję upłynął w dniu 18 kwietnia 2016 r., w związku z tym to dyrektywa 2004/18 ma zastosowanie *ratione temporis* do sprawy w postępowaniu głównym.
- 27 Wszyscy zainteresowani, którzy złożyli pisemne uwagi, są zgodni co do tego, że Lloyd's stanowi uznane stowarzyszenie członków będących osobami prawnymi i osobami fizycznymi, którzy to członkowie – poprzez ugrupowania – syndykaty – działają autonomicznie i są konkurencją dla siebie. Niemniej jednak z uwagi na to, że każda struktura wewnętrzna jest pozbawiona własnej osobowości prawnej, syndykaty mogą

działać jedynie za pośrednictwem ogólnego przedstawiciela, jedyne na każde z państw. Lloyd's wyjaśnił również, że syndykaty nie są ani trwałą strukturą, ani trwałym stowarzyszeniem członków, lecz raczej reprezentują ich zgrupowania, których skład może się różnić i z których każde działa za pośrednictwem własnego organu zarządzania, który wydaje wiążące je decyzje, pomimo iż nie mają one własnej osobowości prawnej.

- 28 Z postanowienia odsyłającego wynika, że o ile zgodnie z treścią samego pytania prejudycjalnego sporne w postępowaniu głównym uregulowanie krajowe zezwala dwóm syndykatom należącym do Lloyd's na uczestniczenie w tym samym przetargu w dziedzinie ubezpieczeń nawet wówczas, gdy oferta każdego z nich została podpisana przez ogólnego przedstawiciela Lloyd's na Włochy, spór w postępowaniu głównym wynika z przyjęcia kilku decyzji, w tym spornych decyzji, przez które Arpacal wykluczył z postępowania wspomniane obydwie syndykaty dokładnie z tego powodu, że ponieważ ich oferty zostały podpisane przez specjalnego pełnomocnika rzeczzonego przedstawiciela, przedstawiciel ten oczywiście znał treść tych ofert.
- 29 W tym zakresie należy przypomnieć, że art. 45 dyrektywy 2004/18, który ustanawia powody wykluczenia podmiotu gospodarczego z uczestnictwa w przetargu publicznym, nie przewiduje powodu wykluczenia, takiego jak omawiany w postępowaniu głównym, który zmierza do uniknięcia wszelkiego ryzyka pomylenia dwóch jednostek będących członkami jednej organizacji. W rzeczywistości bowiem powody wykluczenia przewidziane w tym przepisie dotyczą wyłącznie kwalifikacji profesjonalnych zainteresowanych (zob. podobnie wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r., *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, pkt 42, 43).
- 30 Niemniej jednak z orzecznictwa Trybunału wynika, że art. 45 dyrektywy 2004/18 nie wyklucza możliwości utrzymania lub ustanowienia przez państwa członkowskie powodów wykluczenia, przepisów prawa materialnego mających na celu w szczególności zagwarantowanie przestrzegania w dziedzinie zamówień publicznych zasad równego traktowania wszystkich oferentów oraz przejrzystości, które stanowią podstawę dyrektyw Unii dotyczących postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, pod warunkiem że będzie przestrzegana zasada proporcjonalności (wyrok z dnia 19 maja 2009 r., *Assitur*, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 21).
- 31 Tymczasem oczywiste jest, że uregulowanie krajowe, takie jak sporne w postępowaniu głównym, ma na celu wykluczenie przypadków potencjalnej zмовы między uczestnikami tego samego postępowania przetargowego oraz zapewnienie równego traktowania oferentów i przejrzystości postępowania (zob. analogicznie wyrok z dnia 19 maja 2009 r., *Assitur*, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 22).
- 32 Zgodnie z zasadą proporcjonalności, która stanowi ogólną zasadę prawa Unii, tego rodzaju uregulowanie nie może jednak wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia zamierzonego celu (zob. podobnie wyroki: z dnia 19 maja 2009 r., *Assitur*, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 23, 24; z dnia 23 grudnia 2009 r., *Serrantoni i Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 33; a także z dnia 22 października 2015 r., *Impresa Edilux i SICEF*, C-425/14, EU:C:2015:721, pkt 29).
- 33 W tym zakresie należy przypomnieć, że przepisy Unii w dziedzinie udzielania zamówień publicznych zostały przyjęte w ramach realizacji jednolitego rynku zmierzającego do zapewnienia swobodnego przepływu i usunięcia ograniczeń konkurencji (zob. podobnie wyrok z dnia 19 maja 2009 r., *Assitur*, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 25).

- 34 W tym kontekście w interesie prawa Unii pozostaje zapewnienie, by w przetargu uczestniczyła jak największa liczba oferentów (zob. wyroki: z dnia 19 maja 2009 r., Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 26; z dnia 23 grudnia 2009 r., Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 40; a także z dnia 22 października 2015 r., Impresa Edilux i SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, pkt 36).
- 35 Z powyższego wynika zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Trybunału, że automatyczne wykluczenie kandydatów lub oferentów, którzy pozostają w stosunku kontroli lub są powiązani z innymi kandydatami, wychodzi poza to, co jest konieczne dla zapobiegania zachowaniom polegającym na zмовie, a tym samym dla zapewnienia stosowania zasady równego traktowania i przestrzegania obowiązku przejrzystości (zob. podobnie wyroki: z dnia 19 maja 2009 r., Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 28; z dnia 23 grudnia 2009 r., Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 38, 40; a także z dnia 22 października 2015 r., Impresa Edilux i SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, pkt 36, 38).
- 36 Takie automatyczne wykluczenie stanowi bowiem niewzruszalne domniemanie wzajemnego wpływu ofert złożonych w tym samym przetargu przez przedsiębiorstwa, które są powiązane poprzez stosunek kontroli lub stowarzyszenia. W ten sposób wyklucza ono możliwość wykazania przez tych kandydatów lub oferentów niezależności ich ofert, a tym samym jest sprzeczne z interesem Unii polegającym na zapewnieniu jak najszerszego udziału oferentów w przetargu (zob. podobnie wyroki: z dnia 19 maja 2009 r., Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 29, 30; z dnia 23 grudnia 2009 r., Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 39, 40; a także z dnia 22 października 2015 r., Impresa Edilux i SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, pkt 36).
- 37 W tym zakresie należy przypomnieć, że Trybunał zauważył już, iż grupy przedsiębiorstw mogą przybierać różne formy i obierać odmienne cele, a zatem nie można całkowicie wykluczyć, że kontrolowane przedsiębiorstwa będą dysponowały pewną samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej, zwłaszcza w dziedzinie uczestnictwa w przetargach. W rzeczywistości bowiem stosunki pomiędzy przedsiębiorstwami należącymi do tej samej grupy mogą być określane na podstawie postanowień szczególnych, które mogą gwarantować zarówno niezależność, jak i poufność przy opracowywaniu ofert, które zostaną złożone przez dane przedsiębiorstwa w ramach tego samego postępowania przetargowego (wyrok z dnia 19 maja 2009 r., Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 31).
- 38 Przestrzeganie zasady proporcjonalności wymaga zatem, aby instytucja zamawiająca była zobowiązana do zbadania i oceny okoliczności w celu ustalenia, czy stosunek istniejący pomiędzy dwoma podmiotami wywarł konkretny wpływ na odpowiednią treść ofert złożonych w ramach tego samego postępowania przetargowego, przy czym stwierdzenie takiego wpływu w jakiegokolwiek formie jest wystarczające do tego, aby wspomniane przedsiębiorstwa mogły zostać wykluczone z postępowania (zob. podobnie wyrok z dnia 19 maja 2009 r., Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 32).
- 39 Z powyższego wynika, że w niniejszej sprawie sama tylko okoliczność, iż oferty, takie jak w postępowaniu głównym, zostały podpisane przez tę samą osobę, to znaczy specjalnego pełnomocnika ogólnego przedstawiciela Lloyd's na Włochy, nie może uzasadniać ich automatycznego wykluczenia z rozpatrywanego zamówienia publicznego.
- 40 Dokonane przez Arpacal w pisemnych uwagach rozróżnienie w zależności od tego, czy podpis dotyczy akt kandydatury w postępowaniu przetargowym lub samych ofert finansowych, nie ma znaczenia. W każdym razie taki podpis, nawet jeżeli oznacza on,

że specjalny pełnomocnik lub ogólny przedstawiciel Lloyd's znał treść ofert, nie świadczy sam w sobie o tym, że dwa syndykaty jako takie działają w zмовie co do treści ich odnośnych ofert, a tym samym, że stosunki istniejące pomiędzy nimi, a także interwencja specjalnego pełnomocnika ogólnego przedstawiciela Lloyd's, wywarła konkretny wpływ na te oferty. Podobnie jest z innymi elementami wskazanymi przez Arpacal, o których mowa w pkt 18 niniejszego wyroku.

- 41 Opierając się wyłącznie na podpisaniu ofert przez specjalnego pełnomocnika ogólnego przedstawiciela Lloyd's na Włochy w celu wykluczenia syndykatów, sporne decyzje założyły tym samym istnienie zмовy, przy czym syndykaty nie miały możliwości wykazania, że ich odnośne oferty zostały sformułowane w sposób całkowicie niezależny od siebie.
- 42 W tym zakresie należy zauważyć, że z dyrektywy 2009/138, a w szczególności z jej art. 145 ust. 2 lit. c) wynika, iż prawo Unii mające zastosowanie do działalności ubezpieczeniowej wyraźnie zezwala Lloyd's na to, by był on reprezentowany wobec osób trzecich przez ogólnego przedstawiciela jednego dla każdego państwa członkowskiego w ten sposób, że Lloyd's może wykonywać swoją działalność ubezpieczeniową w państwach członkowskich jedynie za pośrednictwem właściwego ogólnego przedstawiciela, w tym w celu uczestnictwa w przetargu publicznym dotyczącym udzielenia zamówienia na usługi ubezpieczeniowe, w ramach którego oferty syndykatów muszą zostać podpisane i złożone przez tego przedstawiciela.
- 43 W pisemnych uwagach Lloyd's wyjaśnił w tej kwestii, że to do sądu odsyłającego należy zbadać, czy ogólny przedstawiciel na dane państwo członkowskie ogranicza się zgodnie z wewnętrznymi procedurami Lloyd's do przekazania na papierze firmowym, bez wpływania na sformułowanie woli przez każdy z syndykatów, treści typowej odpowiedzi na ogłoszenie przetargowe i wypełnionych i przyjętych przez każdy z syndykatów standardowych formularzy, co gwarantowałoby, iż każdy z syndykatów działa w pełnej autonomii w stosunku do pozostałych syndykatów za pomocą jego własnych organów zarządzających.
- 44 W tych okolicznościach prawo Unii sprzeciwia się temu, aby syndykaty Lloyd's zostały wykluczone w sposób automatyczny ze spornego w postępowaniu głównym postępowania przetargowego z tego tylko powodu, że ich odnośne oferty zostały podpisane przez specjalnego pełnomocnika ogólnego przedstawiciela Lloyd's na Włochy. Niemniej jednak to do sądu odsyłającego należy zapewnienie, że sporne oferty zostały złożone w sposób niezależny przez każdego z syndykatów.
- 45 Niemniej jednak należy zauważyć, podobnie jak uczyniła to Komisja Europejska w pisemnych uwagach, że sporne uregulowanie krajowe nie wydaje się zezwalać na takie automatyczne wykluczenie, lecz zezwala instytucji zamawiającej na wykluczenie ubiegających się, w stosunku do których stwierdzi na podstawie jednoznacznych dowodów, że oferty nie zostały sformułowane w sposób niezależny, czego sprawdzenie należy do sądu odsyłającego.
- 46 W związku z tym na przedstawione pytanie należy odpowiedzieć, że zasady przejrzystości, równego traktowania i niedyskryminacji wynikające z art. 49 i 56 TFUE oraz przewidziane w art. 2 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwiają się one uregulowaniu państwa członkowskiego, takiemu jak sporne w postępowaniu głównym, które nie pozwala na wykluczenie dwóch syndykatów Lloyd's z uczestnictwa w tym samym przetargu publicznym na usługi ubezpieczeniowe z tego tylko powodu, że każda z ich odnośnych ofert została podpisana przez ogólnego przedstawiciela Lloyd's na owo państwo członkowskie, lecz umożliwia z kolei ich

wykluczenie, jeżeli okaże się na podstawie jednoznacznych dowodów, że ich oferty nie zostały sformułowane w sposób niezależny.

W przedmiocie kosztów

- 47 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (szósta izba) orzeka, co następuje:

Zasady przejrzystości, równego traktowania i niedyskryminacji wynikające z art. 49 i 56 TFUE oraz przewidziane w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwiają się one uregulowaniu państwa członkowskiego, takiemu jak sporne w postępowaniu głównym, które nie pozwala na wykluczenie dwóch „syndykatów” Lloyd’s of London z uczestnictwa w tym samym przetargu publicznym na usługi ubezpieczeniowe z tego tylko powodu, że każda z ich odnośnych ofert została podpisana przez ogólnego przedstawiciela Lloyd’s of London na to państwo członkowskie, lecz umożliwia z kolei ich wykluczenie, jeżeli okaże się na podstawie jednoznacznych dowodów, że ich oferty nie zostały sformułowane w sposób niezależny.

Podpisy

*
_ Język postępowania: włoski.