



Zbiór Orzeczeń

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. Ondruška, działających w charakterze pełnomocników,

* Język postępowania: włoski.

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,
wydaje 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” (zwanych 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 (Wypłacalność 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 ustawa 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 go 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 wynikiem z przyjęcia kilku decyzji, w tym spornych decyzji, przez które Arpacal wykluczył z postępowania wspomniane obydwa syndykaty dokładnie z tego powodu, że ponieważ ich oferty zostały podpisane przez specjalnego pełnomocnika rzeczonoego 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 zmywy 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 orzecznictwem 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 zmywie, 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 określone 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 zbadanie, 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