Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (sjätte avdelningen)

den 8 februari 2018*

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF – Direktiv 2004/18/EG – Skäl för att utesluta från deltagande i ett anbudsförfarande – Försäkringstjänster – Deltagande av flera syndikat vid Lloyd’s of London i samma anbudsförfarande – Anbud undertecknat av generalagenten för Lloyd’s of London i det berörda landet – Principerna om öppenhet, likabehandling och icke-diskriminering – Proportionalitet”

I mål C-144/17,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Tribunale amministrativo regionale per la Calabria (Regionala förvaltningsdomstolen för Kalabrien, Italien) genom beslut av den 22 februari 2017, som inkom till domstolen den 22 mars 2017, i målet

Lloyd’s of London

mot

Agenzia Regionale per la Protezione dell’Ambiente della Calabria

meddelar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden C.G. Fernlund samt domarna J.-C. Bonichot och E. Regan (referent),

generaladvokat: E. Tanchev,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

– Lloyd’s of London, genom R. Villata, A. Degli Esposti och P. Biavati, avvocati,

– Agenzia Regionale per la Protezione dell’Ambiente della Calabria, genom V. Zicaro, avvocato,

– Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av E. De Bonis, avvocato dello Stato,

* Rättegångsspråk: italienska.

– Europeiska kommissionen, genom N. Khan, G. Gattinara och P. Ondrůšek, samtliga i egenskap av ombud,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av principerna om öppenhet, likabehandling och icke-diskriminering, vilka följer av artiklarna 49 och 56 FEUF och avses i artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan Lloyd's of London (nedan kallad Lloyd's) och Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria (Regionala byrån för skydd av miljön i Kalabrien) (nedan kallad Arpacal), angående Arpacals beslut att utesluta två *syndicates* (nedan kallade syndikaten) som är medlemmar av Lloyd's, från att delta i ett förfarande för offentlig upphandling av försäkringstjänster.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Direktiv 2004/18

3 I skäl 46 i direktiv 2004/18 angavs följande:

”Kontraktstilldelningen bör ske på grundval av objektiva kriterier som säkerställer att principerna om öppenhet, icke-diskriminering och likabehandling iakttas och att anbuden bedöms i verklig konkurrens med varandra. …”

4 I artikel 2 i direktivet föreskrevs följande:

”Upphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.”

5 I artikel 45 i nämnda direktiv angavs grunderna för att utesluta en ekonomisk aktör från att delta i en offentlig upphandling.

6 Direktiv 2004/18 upphävdes genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling (EUT L 94, 2014, s. 65). Enligt artikel 90.1 i direktiv 2014/24 var medlemsstaterna skyldiga att sätta i kraft de bestämmelser som är nödvändiga för att följa direktivet senast den 18 april 2016. I enlighet med artikel 91 i nämnda direktiv trädde upphävandet av direktiv 2004/18 i kraft samma dag.

Direktiv 2009/138/EG

7 Artikel 145 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/138/EG av den 25 november 2009 om upptagande och utövande av försäkrings- och återförsäkringsverksamhet (Solvens II) (EUT L 335, 2009, s. 1) har rubriken ”Villkor för etablering av filial”. I punkt 2 i denna artikel föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna ska kräva att varje försäkringsföretag som avser att etablera en filial i en annan medlemsstats territorium tillhandahåller följande uppgifter när de lämnar den underrättelse som anges i punkt 1:

…

c) Namn på en person som har tillräckliga befogenheter att ingå rättshandlingar som binder försäkringsföretaget i förhållande till tredje part eller, när det gäller Lloyd's, de berörda försäkringsgivarna och för att företräda det eller dem inför myndigheter och domstolar i värdmedlemsstaten – nedan kallad det befullmäktigade ombudet.

…

Vad gäller Lloyd's får i händelse av tvist i värdmedlemsstaten på grund av ingångna förpliktelser de försäkrade inte behandlas mindre gynnsamt än om tvisten hade förts mot företag av sedvanligt slag.”

8 Bilaga III till detta direktiv har rubriken ”Företagsformer”. Denna bilaga innehåller, i vart och ett av avsnitten A, B och C i bilagan, vilka rör företagsformer för livförsäkringsföretag, skadeförsäkringsföretag och återförsäkringsföretag, en punkt 27 i vilken, med avseende på Förenade kungariket, särskilt nämns försäkringsgivare som uppträder under namnet Lloyd's.

Italiensk rätt

9 All offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster reglerades i Italien av 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 (lagstiftningsdekret nr 163 om införande av lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, tjänster och varor till genomförande av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG) av den 12 april 2006 (ordinarie tillägg till GURI nr 100 av den 2 maj 2006), i dess lydelse enligt lagdekret nr 135 av den 25 september 2009 (GURI nr 223 av den 25 september 2009), omvandlat till lag genom lag nr 166 av den 20 november 2009 (GURI nr 274 av den 24 november 2009) (nedan kallat lagstiftningsdekret nr 163/2006).

10 Enligt artikel 38.1 m-quater i detta lagstiftningsdekret skulle anbudsgivare som ”… i förhållande till en annan anbudsgivare i samma tilldelningsförfarande befinner sig i en kontrollsituation, i den mening som avses i artikel 2359 i civillagen, eller som har någon annan koppling till en anbudsgivare, inklusive *de facto* kopplingar, om kontrollsituationen eller kopplingen medför att anbuden ska anses härröra från en och samma beslutande enhet” uteslutas från förfaranden för tilldelning av koncessioner och upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, och de fick inte heller ingå avtal härom eller om underentreprenad.

11 I artikel 38.2 i nämnda lagstiftningsdekret föreskrevs följande angående de försäkringar som anbudssökandena eller anbudsgivarna skulle lämna:

”I enlighet med punkt 1 m-quater ska anbudsgivaren lämna en av följande försäkringar:

a) försäkran om att anbudsgivaren inte i förhållande till någon annan person befinner sig i en sådan kontrollsituation som avses i artikel 2359 i civillagen och att anbudet har utformats självständigt,

b) försäkran om att anbudsgivaren inte känner till att andra personer, vilka i förhållande till anbudsgivaren befinner sig i en sådan kontrollsituation som avses i artikel 2359 i civillagen, deltar i samma förfarande och att anbudet har utformats självständigt,

c) försäkran om att anbudsgivaren känner till att andra personer, vilka i förhållande till anbudsgivaren befinner sig i en sådan kontrollsituation som avses i artikel 2359 i civillagen, visserligen deltar i samma förfarande men att anbudet har utformats självständigt.

I de fall som avses i leden a, b och c ska den upphandlande myndigheten från anbudsförfarandet utesluta anbudsgivare vars anbud på grundval av entydiga uppgifter kan anses härröra från en och samma beslutande enhet. Prövningen och den eventuella uteslutningen ska göras efter det att kuverten med det ekonomiska anbudet har öppnats."

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

12 Arpacal inledde den 13 augusti 2015 ett öppet upphandlingsförfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt avseende försäkringstjänster, för att täcka risken kopplad till denna byrås civilrättsliga ansvar gentemot tredje man och arbetstagare för en period omfattande åren 2016–2018. Kontraktet skulle tilldelas enligt kriteriet om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

13 I detta förfarande deltog bland annat två syndikat som var medlemmar av Lloyd's, nämligen Arch och Tokio Marine Kiln. Deras anbud var båda två undertecknade av det särskilda ombudet för generalagenten för Lloyd's i Italien.

14 Genom beslut av den 29 september 2015, respektive den 1 oktober 2016, uteslöt Arpacal de båda syndikaten från upphandlingsförfarandet med motiveringen att deras deltagande stred mot artikel 38.1 m-quater i lagstiftningsdekret nr 163/2006.

15 Lloyd's, företrädd av sin generalagent i Italien, överklagade dessa beslut till den hänskjutande domstolen, Tribunale amministrativo regionale per la Calabria (Regionala förvaltningsdomstolen för Kalabrien, Italien) som genom domar av den 19 januari, respektive den 21 november 2016, upphävde besluten och förordnade om att syndikaten skulle tillåtas att delta i det offentliga upphandlingsförfarandet.

16 Arpacal uteslöt, genom två beslut antagna den 14 december 2016, på nytt dessa två syndikat från förfarandet. Som motivering angavs att nämnda artikel 38.1 m-quater åsidosatts, genom att deras anbud objektivt sett var att anse som härrörande från en och samma beslutande enhet. De tekniska och ekonomiska anbuden hade nämligen getts in, formulerats och undertecknats av en och samma person, det vill säga det särskilda ombudet för generalagenten för Lloyd's i Italien (nedan kallade de aktuella besluten).

17 Alltjämt genom sin generalagent i Italien, gav Lloyd's på nytt in överklaganden av de aktuella besluten till den hänskjutande domstolen. Lloyd's har till stöd för sina överklaganden anfört att det är en "juridisk person med förgrenad struktur", som är en erkänd sammanslutning av fysiska och juridiska personer – medlemmar – som handlar självständigt i grupper – syndikat. Syndikaten utövar verksamhet helt självständigt och i konkurrens med varandra, trots att de hör till samma organisation. Klaganden har även anfört att varje intern förgrening saknar självständig ställning som rättssubjekt och handlar genom generalagenten, som i varje land utgörs av en enda person för samtliga syndikat som utövar verksamhet i det berörda landet.

18 Arpacal har för sin del gjort gällande att flera omständigheter talar för att de två anbuden ska anses härröra från en och samma beslutande enhet, nämligen att det har använts likadana anbudsformulär, att båda anbuden är undertecknade av samma person i dennes egenskap av särskilt ombud för

generalagenten i Italien, att de stämplade sidorna i de ekonomiska anbuden har på varandra följande numrering och att likadana formuleringar och försäkringar har använts. Av detta följer att det är fråga om ett åsidosättande av principen om sekretess för anbud, principen om fri och lojal konkurrens och principen om likabehandling av anbudsgivare.

19 Den hänskjutande domstolen har angett att i fall där flera syndikat som är anslutna till Lloyd's deltar i ett och samma anbudsförfarande, innebär den omständigheten att generalagenten för Lloyd's i Italien har undertecknat dessa syndikats ansökningshandlingar och ekonomiska anbud inte, enligt nationell rättspraxis, ett åsidosättande av vare sig artikel 38.1 m-quater och 38.2 i lagstiftningsdekret nr 163/2006, eller principerna om konkurrens, oberoende ställning och sekretess för anbud. I nationell rättspraxis har i detta sammanhang särskild vikt lagts vid den säregna strukturen i Lloyd's, som i enlighet med lagstiftningen i Förenade kungariket agerar i olika länder genom en enda generalagent. Dessutom har Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici (Tillsynsmyndigheten för offentlig upphandling, Italien), som sedermera bytt namn till Autorità Nazionale Anticorruzione (Nationella myndigheten för bekämpande av korruption, Italien), i sitt yttrande nr 110 av den 9 april 2008 förklarat att syndikatens oberoende ställning och konkurrensen dem emellan gör det möjligt att säkerställa den fria konkurrensen och likabehandlingen av anbudssökandena.

20 Det framstår emellertid som oklart för den hänskjutande domstolen huruvida den aktuella italienska lagstiftningen, såsom den tolkats i nationell rättspraxis, är förenlig med unionsrätten. Lloyd's erkänns visserligen i direktiv 2009/138 som en särskild form av försäkringsbolag, i vilket de anslutna försäkringsgivarna är behöriga att bedriva verksamhet i Europeiska unionen genom en gemensam generalagent i den berörda medlemsstaten. Även om de syndikat som är medlemmar av Lloyd's uppträder oberoende av och i konkurrens med varandra kvarstår emellertid det faktum att förfarandena för offentlig upphandling regleras av tvingande regler som syftar till att säkerställa likabehandling. Det råder inget tvivel om att Lloyd's generalagent känner till innehållet i syndikatens anbud, när han undertecknar dessa. En och samma persons undertecknande av flera olika anbud som avges av olika anbudsgivare kan följaktligen äventyra den självständighet och sekretess som ska råda med avseende på anbud och kan strida mot den konkurrensprincip som stadgas i artiklarna 101 och 102 FEUF.

21 Mot denna bakgrund beslutade Tribunale amministrativo regionale per la Calabria (Regionala förvaltningsdomstolen för Kalabrien) att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till domstolen:

"Utgör de principer som slås fast i de unionsrättsliga bestämmelserna om konkurrens i [EUF-fördraget] samt de därav följande principerna, däribland principerna om självständiga anbud och sekretess i anbudsförfaranden, hinder för nationella bestämmelser, såsom de har tolkats i rättspraxis, enligt vilka flera syndikat som uppträder under namnet Lloyd's, vars anbud har undertecknats av en enda person som är generalagent i landet, får delta samtidigt i ett och samma upphandlingsförfarande som har utlysts av en upphandlande myndighet?"

Prövning av tolkningsfrågan

22 Enligt det förfarande för samarbete mellan nationella domstolar och EU-domstolen som införts genom artikel 267 FEUF ankommer det på EU-domstolen att ge den nationella domstolen ett användbart svar, som gör det möjligt för den domstolen att avgöra det mål som den ska pröva. I detta syfte kan EU-domstolen behöva omformulera de frågor som hänskjutits (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 mars 2008, Jager, C-420/06, EU:C:2008:152, punkt 46).

23 Det nationella målet rör offentlig upphandling av försäkringstjänster, beträffande vilka det inte har angetts huruvida deras värde överskrider det tröskelvärde som fastställs i direktiv 2004/18. Det ska emellertid påpekas att vid tilldelning av kontrakt som till följd av sitt värde inte omfattas av detta direktivs tillämpningsområde ska de grundläggande reglerna och principerna i EUF-fördraget, särskilt

likabehandlingsprincipen och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn, ändå tillämpas i den mån upphandlingen är av ett bestämt gränsöverskridande intresse, mot bakgrund av vissa objektiva kriterier (dom av den 16 april 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punkt 16).

24 Den hänskjutande domstolen ska följaktligen anses ha ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida principerna om insyn, likabehandling och icke-diskriminering, vilka följer av artiklarna 49 och 56 FEUF och vilka avses i artikel 2 i direktiv 2004/18, ska tolkas så, att de utgör hinder för en sådan lagstiftning som den som är aktuell i det nationella målet, enligt vilken det inte är möjligt att utesluta två syndikat som är medlemmar av Lloyd's från deltagande i ett och samma förfarande för upphandling av försäkringstjänster enbart av den anledningen att vart och ett av deras anbud har undertecknats av generalagenten för Lloyd's i denna medlemsstat.

25 Även om direktiv 2004/18 har upphävts genom direktiv 2014/24, med verkan från och med den 18 april 2016, framgår det av domstolens fasta praxis att det tillämpliga direktivet i princip är det som är i kraft när den upphandlande myndigheten väljer vilken typ av förfarande som ska användas och när den slutligen avgör frågan om det föreligger en skyldighet att rikta en föregående uppmaning till anbudsgivning för tilldelning av ett offentligt kontrakt. Om fristen för att införliva ett direktiv har löpt ut efter den tidpunkten är bestämmelserna i direktivet däremot inte tillämpliga (se, bland annat, dom av den 14 september 2017, Casertana Costruzioni, C-223/16, EU:C:2017:685, punkt 21).

26 Det upphandlingsförfarande som är aktuellt i det nationella målet inleddes den 13 augusti 2015. Direktiv 2014/24 antogs den 26 februari 2014 och fristen för att införliva direktivet löpte under alla omständigheter ut den 18 april 2016. Det är således direktiv 2004/18 som är tidsmässigt tillämpligt i det nationella målet.

27 Samtliga berörda som har inkommit med skriftliga yttranden är ense om att Lloyd's är en erkänd association vars medlemmar utgörs av både juridiska och fysiska personer vilka genom olika grupper – syndikat – självständigt bedriver verksamhet i konkurrens med varandra. Eftersom respektive intern enhet saknar egen rättskapacitet kan syndikaten emellertid enbart handla genom generalagenten, som utgörs av en enda person för varje land. Lloyd's har vidare förklarat att syndikaten varken utgör en fast struktur eller en varaktig association av medlemmar, utan i stället utgör grupper av medlemmar, vars sammansättning kan variera och vilka var och en bedriver sin verksamhet genom ett eget ledningsorgan som fattar beslut som är bindande för medlemmarna, trots att de saknar egen rättskapacitet.

28 Av begäran om förhandsavgörande framgår att även om den nationella lagstiftning som är aktuell i det nationella målet, enligt själva ordalydelsen i tolkningsfrågan, tillåter att två syndikat som är medlemmar av Lloyd's deltar i ett och samma förfarande för offentlig upphandling på försäkringsområdet – till och med när deras anbud vart och ett har undertecknats av Lloyd's generalagent i Italien – har tvisten i det nationella målet uppkommit med anledning av att flera olika beslut har fattats, däribland de i målet aktuella besluten, genom vilka Arpacal har uteslutit dessa två syndikat från förfarandet av just det skälet att den nämnda generalagenten med nödvändighet hade kännedom om innehållet i deras anbud, eftersom båda anbuden hade undertecknats av generalagentens särskilda ombud.

29 Det ska i detta sammanhang erinras om att det i artikel 45 i direktivet – i vilken grunderna för uteslutning av en ekonomisk aktör från deltagande i en offentlig upphandling anges – inte föreskrivs något sådant uteslutningsskäl som det som är aktuellt i det nationella målet, som syftar till att förhindra all samverkan mellan enheter som är medlemmar av en och samma organisation. De uteslutningsskäl som föreskrivs i denna bestämmelse avser nämligen enbart de berördas yrkesmässiga kvalifikationer (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 december 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punkterna 42 och 43).

30 Av domstolens praxis framgår emellertid att artikel 45 i direktiv 2004/18 inte utesluter att medlemsstaterna, utöver dessa grunder för uteslutning, kan behålla eller införa materiella bestämmelser som bland annat syftar till att säkerställa att principen om likabehandling av alla anbudsgivare och principen om insyn, som ligger till grund för de unionsrättsliga direktiven om förfaranden vid offentlig upphandling, iakttas på området för offentlig upphandling, förutsatt att proportionalitetsprincipen respekteras (dom av den 19 maj 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punkt 21).

31 Det är uppenbart att en sådan nationell lagstiftning som den som är aktuell i det nationella målet syftar till att stävja all potentiell samverkan mellan deltagare i ett och samma förfarande för offentlig upphandling och därmed till att värna om likabehandlingen av anbudssökande och insynen i förfarandet (se, analogt, dom av den 19 maj 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punkt 22).

32 Enligt proportionalitetsprincipen, som är en allmän princip i unionsrätten, får en sådan lagstiftning emellertid inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 maj 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punkterna 23 och 24, dom av den 23 december 2009, Serrantoni och Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punkt 33, och dom av den 22 oktober 2015, Impresa Edilux och SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, punkt 29).

33 Unionsbestämmelserna om förfarandet vid offentlig upphandling antogs inom ramen för förverkligandet av den inre marknaden, inom vilken den fria rörligheten garanteras och konkurrensbegränsningar undanröjs (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 maj 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punkt 25).

34 Mot denna bakgrund föreligger det ett unionsrättsligt intresse av att det säkerställs att så många anbudsgivare som möjligt deltar i ett anbudsförfarande (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 maj 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punkt 26, dom av den 23 december 2009, Serrantoni och Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punkt 40, och dom av den 22 oktober 2015, Impresa Edilux och SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, punkt 36).

35 Enligt domstolens fasta praxis framgår det av ovanstående att en regel om automatisk uteslutning av anbudssökande eller anbudsgivare som befinner sig i ett kontroll- eller delägarförhållande gentemot andra konkurrenter går utöver vad som är nödvändigt för att förhindra beteenden som innebär samverkan, och således även för att säkerställa tillämpningen av likabehandlingsprincipen och iakttagandet av insynsskyldigheten (se, för ett likande resonemang, dom av den 19 maj 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punkt 28, dom av den 23 december 2009, Serrantoni och Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punkterna 38 och 40, och dom av den 22 oktober 2015, Impresa Edilux och SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, punkterna 36 och 38).

36 En sådan regel om automatisk uteslutning utgör nämligen en icke motbevisbar presumtion för företag, mellan vilka det finns ett kontroll- eller delägarförhållande, om ömsesidig påverkan på deras respektive anbud beträffande samma kontrakt. En sådan regel innebär således att det är omöjligt för dessa anbudssökande eller anbudsgivare att visa att deras anbud är självständiga och den strider således mot unionens intresse av att säkerställa att så många anbudsgivare som möjligt deltar i ett anbudsförfarande (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 maj 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punkterna 29 och 30, dom av den 23 december 2009, Serrantoni och Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punkterna 39 och 40, och dom av den 22 oktober 2015, Impresa Edilux och SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, punkt 36).

37 Härvidlag ska det erinras om att domstolen redan har slagit fast att det kan förekomma olika typer av företagskonstellationer som kan ha olika syften och som inte nödvändigtvis hindrar de kontrollerade företagen från att i någon mån självständigt fastställa sin affärsstrategi och bedriva sin affärsverksamhet, bland annat när det gäller deltagande i offentlig upphandling. Förhållandet mellan

företag i en koncern kan nämligen regleras genom särskilda bestämmelser som kan garantera såväl oavhängighet som sekretess vid utarbetandet av anbud som de aktuella företagen samtidigt avger inom ramen för samma anbudsförfarande (dom av den 19 maj 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punkt 31).

38 För att proportionalitetsprincipen ska anses ha iakttagits krävs således att den upphandlande myndigheten är skyldig att pröva och bedöma de faktiska omständigheterna för att fastställa huruvida kontrollförhållandet mellan två enheter har haft någon konkret inverkan på innehållet i de respektive anbud som de berörda företagen har avgett inom ramen för samma upphandlingsförfarande. För det fall det konstateras att en sådan inverkan föreligger, av vilket slag den än må vara, är detta tillräckligt för att nämnda företag kan uteslutas från det aktuella förfarandet (se, för ett likande resonemang, dom av den 19 maj 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punkt 32).

39 Detta medför i förevarande fall att den omständigheten att sådana anbud som de som är aktuella i det nationella målet har undertecknats av en och samma person, nämligen det särskilda ombudet för generalagenten för Lloyd's i Italien, inte ensam kan motivera att dessa anbud automatiskt utesluts från den aktuella offentliga upphandlingen.

40 Arpacal har i sina skriftliga yttranden gjort åtskillnad mellan fall där underskriften avser ansökningshandlingarna i upphandlingsförfarandet och fall där den avser de ekonomiska anbuden i sig. Denna åtskillnad saknar relevans. Under alla förhållanden visar inte en sådan underskrift i sig – även om den antas innebära att det särskilda ombudet och/eller generalagenten för Lloyd's i Italien hade kännedom om innehållet i anbuden – att syndikaten å sin sida skulle ha enats om innehållet i deras respektive anbud och att förhållandet dem emellan, samt det särskilda ombudet för generalagenten för Lloyd's agerande, därmed skulle ha haft en faktisk inverkan på dessa anbud. Detsamma gäller de övriga omständigheter som Arpacal åberopat och som det redogjorts för i punkt 18 ovan.

41 Då uteslutningen av syndikaten endast grundades på den omständigheten att anbuden skrivits under av det särskilda ombudet för generalagenten för Lloyd's i Italien, förutsattes det således i de aktuella besluten att en samverkan var för handen, utan att syndikaten hade getts möjlighet att visa att deras respektive anbud hade utformats helt självständigt i förhållande till varandra.

42 I detta hänseende påpekar domstolen att det framgår av direktiv 2009/138, och i synnerhet artikel 145.2 c i detta direktiv, att de unionsbestämmelser som är tillämpliga på försäkringsverksamhet uttryckligen medger att Lloyd's företräds gentemot tredje part av en enda generalagent i varje medlemsstat, med följden att Lloyd's kan utöva sin försäkringsverksamhet i medlemsstaterna endast genom den behörige generalagenten, och detta även vad gäller deltagande i upphandlingar om tilldelning av ett offentligt kontrakt avseende försäkringstjänster. Inom ramen för dessa upphandlingar måste syndikatens anbud skrivas under och lämnas in av denna generalagent.

43 I detta avseende har Lloyd's i sina skriftliga yttranden påpekat att generalagenten för den berörda medlemsstaten, i enlighet med Lloyd's interna förfaranden, endast överför innehållet i standardsvar på anbudsinfordran och innehållet i standardformulär som fyllts i och godkänts av varje syndikat till ett papper med förtryckt brevhuvud, utan att delta i syndikatens beslutsprocess, vilket garanterar att varje syndikat agerar fullkomligt oavhängigt i förhållande till andra syndikat genom deras egna ledningsorgan. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera huruvida så är fallet.

44 Under dessa förhållanden utgör unionsrätten hinder för att Lloyd's syndikat automatiskt utesluts från de upphandlingsförfaranden som är aktuella i det nationella målet endast av den anledningen att deras respektive anbud har skrivits under av det särskilda ombudet för generalagenten för Lloyd's i Italien. Det ankommer likväl på den hänskjutande domstolen att förvissa sig om att anbuden har avgetts självständigt av vart och ett av syndikaten.

45 Såsom kommissionen har framfört i sina skriftliga yttranden ska det ändå noteras att den nationella lagstiftning som är aktuell i det nationella målet inte tycks medge ett sådant automatiskt uteslutande, men likväl tillåter att den upphandlande myndigheten utesluter en anbudsgivare när det på grundval av entydiga uppgifter har visats att dennes anbud inte har avgetts självständigt. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera huruvida så är fallet.

46 Tolkningsfrågan ska således besvaras enligt följande. Principerna om insyn, likabehandling och icke-diskriminering, vilka följer av artiklarna 49 och 56 FEUF och vilka avses i artikel 2 i direktiv 2004/18, ska tolkas så, att de inte utgör hinder för en sådan lagstiftning som den som är aktuell i det nationella målet, enligt vilken det inte är möjligt att utesluta två syndikat som är medlemmar av Lloyd's från deltagande i ett och samma förfarande för upphandling av försäkringstjänster enbart av den anledningen att vart och ett av deras anbud har undertecknats av generalagenten för Lloyd's i denna medlemsstat, men enligt vilken det är möjligt att utesluta dessa syndikat om det på grundval av entydiga uppgifter har visats att deras anbud inte har avgetts självständigt.

Rättegångskostnader

47 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (sjätte avdelningen) följande:

Principerna om insyn, likabehandling och icke-diskriminering, vilka följer av artiklarna 49 och 56 FEUF och vilka avses i artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, ska tolkas så, att de inte utgör hinder för en sådan lagstiftning som den som är aktuell i det nationella målet, enligt vilken det inte är möjligt att utesluta två *"syndicates"* som är medlemmar av Lloyd's of London från deltagande i ett och samma förfarande för upphandling av försäkringstjänster enbart av den anledningen att vart och ett av deras anbud har undertecknats av generalagenten för Lloyd's of London i denna medlemsstat, men enligt vilken det är möjligt att utesluta dessa syndikat om det på grundval av entydiga uppgifter har visats att deras anbud inte har avgetts självständigt.

Underskrifter