ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)

8 februari 2018 *

„Prejudiciële verwijzing – Overheidsopdrachten – Artikelen 49 VWEU en 56 VWEU – Richtlijn 2004/18/EG – Gronden voor uitsluiting van deelneming aan een aanbesteding – Verzekeringsdiensten – Deelneming van meerdere syndicaten van Lloyd's of London aan eenzelfde aanbestedingsprocedure – Ondertekening van de offertes door de algemeen vertegenwoordiger van Lloyd's of London voor het betrokken land – Beginselen van transparantie, gelijke behandeling en non-discriminatie – Evenredigheid"

In zaak C-144/17,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Tribunale amministrativo regionale per la Calabria (bestuursrechter in eerste aanleg Calabrië, Italië) bij beslissing van 22 februari 2017, ingekomen bij het Hof op 22 maart 2017, in de procedure

Lloyd's of London

tegen

Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria,

wijst

HET HOF (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: C. G. Fernlund, kamerpresident, J.-C. Bonichot en E. Regan (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: E. Tanchev,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

– Lloyd's of London, vertegenwoordigd door R. Villata, A. Degli Esposti en P. Biavati, avvocati,

– Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria, vertegenwoordigd door V. Zicaro, avvocato,

– de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door E. De Bonis, avvocato dello Stato,

* Procestaal: Italiaans.

– de Europese Commissie, vertegenwoordigd door N. Khan, G. Gattinara en P. Ondrůšek als gemachtigden,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de beginselen van transparantie, gelijke behandeling en non-discriminatie die voortvloeien uit de artikelen 49 en 56 VWEU en waarnaar wordt verwezen in artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Lloyd's of London (hierna: „Lloyd's") en de Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria (regionale dienst voor milieubescherming van Calabrië, Italië) (hierna: „Arpacal") betreffende het besluit van die dienst om twee bij Lloyd's of London aangesloten „syndicates" (hierna: „syndicaten") uit te sluiten van deelneming aan een openbare procedure voor de aanbesteding van verzekeringsdiensten.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Richtlijn 2004/18

3 Overweging 46 van richtlijn 2004/18 luidde als volgt:

„De gunning van de opdracht dient te geschieden op basis van objectieve criteria waarbij het discriminatieverbod en de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht worden genomen en de beoordeling van de inschrijvingen onder voorwaarden van daadwerkelijke mededinging wordt gewaarborgd. […]"

4 Artikel 2 van die richtlijn bepaalde:

„Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen."

5 In artikel 45 van die richtlijn was bepaald op welke gronden marktdeelnemers van deelneming aan een overheidsopdracht kunnen worden uitgesloten.

6 Richtlijn 2004/18 is ingetrokken bij richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten (PB 2014, L 94, blz. 65). Overeenkomstig artikel 90, lid 1, van richtlijn 2014/24 moesten de lidstaten de nodige bepalingen in werking doen treden om uiterlijk op 18 april 2016 aan deze richtlijn te voldoen. Krachtens artikel 91 van genoemde richtlijn werd richtlijn 2004/18 ingetrokken met ingang van diezelfde datum.

Richtlijn 2009/138/EG

7 Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II) (PB 2009, L 335, blz. 1), bepaalt in artikel 145, lid 2, met als opschrift „Voorwaarden voor het vestigen van een bijkantoor":

„De lidstaten verlangen dat een verzekeringsonderneming die op het grondgebied van een andere lidstaat een bijkantoor wenst te vestigen, de in lid 1 bedoelde kennisgeving vergezeld doet gaan van de volgende gegevens:

[…]

c) de naam van een persoon aan wie voldoende bevoegdheden zijn verleend om de verzekeringsonderneming of, in het geval van Lloyd's, de betrokken ‚underwriters' te verbinden ten opzichte van derden en te vertegenwoordigen en om haar of hen tegenover de autoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaat van ontvangst te vertegenwoordigen (hierna ‚algemeen gevolmachtigde' genoemd);

[…]

In het geval van Lloyd's mogen zich bij eventuele geschillen in de lidstaat van ontvangst welke voortvloeien uit aangegane verbintenissen, voor de verzekerden geen grotere moeilijkheden voordoen dan bij vergelijkbare geschillen met klassieke verzekeraars."

8 Bijlage III bij die richtlijn, met als opschrift „Rechtsvormen van ondernemingen", bevat in ieder van zijn delen A tot en met C, betreffende rechtsvormen van levensverzekeringsondernemingen, schadeverzekeringsondernemingen en herverzekeringsondernemingen, een punt 27, waarin met betrekking tot het Verenigd Koninkrijk met name de „association of underwriters known as Lloyd's" is vermeld.

Italiaans recht

9 In 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 (wetsbesluit nr. 163 houdende invoering van het wetboek overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen tot omzetting van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG), van 12 april 2006 (gewone bijlage bij GURI nr. 100 van 2 mei 2006), zoals gewijzigd bij wetsdecreet nr. 135 van 25 september 2009 (GURI nr. 223 van 25 september 2009), omgezet in wet bij wet nr. 166 van 20 november 2009 (GURI nr. 274 van 24 november 2009) (hierna: „wetsbesluit nr. 163/2006"), waren alle procedures geregeld voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen in Italië.

10 Artikel 38, lid 1, onder m-quater), van dat wetsbesluit bepaalde dat inschrijvers die „ten aanzien van een andere inschrijver op dezelfde aanbesteding een afhankelijkheidsrelatie in de zin van artikel 2359 van het burgerlijk wetboek of daarmee een andere, ook feitelijke betrekking hebben", worden uitgesloten van deelname aan procedures voor de plaatsing van concessies en overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, geen overeenkomsten tot onderaanneming met betrekking tot deze opdrachten kunnen sluiten, en niet als onderaannemers van deze opdrachten kunnen optreden „indien die afhankelijkheidsrelatie of die betrekking tot gevolg heeft dat de offertes op een en hetzelfde beslissingscentrum kunnen worden teruggevoerd".

11 Wat met name de door de gegadigden of inschrijvers te verstrekken verklaringen betreft, bepaalde artikel 38, lid 2, van dat wetsbesluit:

„Voor de toepassing van lid 1, onder m-quater), voegt de inschrijver een van de volgende verklaringen bij:

a) de verklaring dat hij zich ten aanzien van andere inschrijvers niet bevindt in een afhankelijkheidsrelatie in de zin van artikel 2359 van het burgerlijk wetboek, en de offerte autonoom heeft opgesteld;

b) de verklaring dat naar zijn weten geen inschrijvers aan dezelfde procedure deelnemen die zich ten aanzien van de inschrijver in een afhankelijkheidsrelatie in de zin van artikel 2359 van het burgerlijk wetboek bevinden, en dat hij de offerte autonoom heeft opgesteld;

c) de verklaring dat hij weet dat aan dezelfde procedure inschrijvers deelnemen die zich ten aanzien van de inschrijver in een afhankelijkheidsrelatie in de zin van artikel 2359 van het burgerlijk wetboek bevinden, en dat hij de offerte autonoom heeft opgesteld.

In de gevallen onder a), b) en c) sluit de aanbestedende dienst op basis van onweerlegbare gegevens de inschrijvers uit ten aanzien waarvan hij vaststelt dat hun offertes op één en hetzelfde beslissingscentrum zijn terug te voeren. De controle en de eventuele uitsluiting vinden plaats nadat de enveloppen met de economische offertes zijn geopend."

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

12 Op 13 augustus 2015 heeft Arpacal een openbare procedure voor de aanbesteding van verzekeringsdiensten uitgeschreven om het risico te dekken in verband met de wettelijke en werkgeversaansprakelijkheid van die dienst voor de periode van 2016 tot en met 2018. De opdracht moest worden gegund volgens het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving.

13 Twee bij Lloyd's of London aangesloten syndicaten, Arch en Tokio Marine Kiln, hebben aan die procedure deelgenomen. Beide offertes waren ondertekend door de bijzonder gevolmachtigde van de algemeen vertegenwoordiger van Lloyd's voor Italië.

14 Bij beslissingen van 29 september 2015 en 1 oktober 2016 heeft Arpacal die twee syndicaten van de procedure uitgesloten wegens schending van artikel 38, lid 1, onder m-quater), van wetsbesluit nr. 163/2006.

15 Nadat Lloyd's in de persoon van haar algemeen vertegenwoordiger voor Italië beroep had ingesteld bij de verwijzende rechter, de Tribunale amministrativo regionale per la Calabria (bestuursrechter in eerste aanleg Calabrië, Italië), heeft die rechter beide beslissingen nietig verklaard bij vonnissen van respectievelijk 19 januari en 21 november 2016 en heeft hij in beide vonnissen gelast dat die syndicaten opnieuw tot de openbare aanbestedingsprocedure werden toegelaten.

16 Bij twee beslissingen van 14 december 2016 heeft Arpacal die twee syndicaten opnieuw van de procedure uitgesloten wegens schending van datzelfde artikel 38, lid 1, onder m-quater), op grond dat de offertes objectief op één en hetzelfde beslissingscentrum konden worden teruggevoerd aangezien de technische en de economische offertes waren ingediend, opgesteld en ondertekend door eenzelfde persoon, te weten de bijzonder gevolmachtigde van de algemeen vertegenwoordiger van Lloyd's voor Italië (hierna: „aan de orde zijnde beslissingen").

17 Lloyd's heeft, nog steeds in de persoon van haar algemeen vertegenwoordiger voor Italië, bij de verwijzende rechter opnieuw beroep ingesteld tegen de aan de orde zijnde beslissingen. Ter ondersteuning van dat beroep voert Lloyd's aan dat zij een „collectieve rechtspersoon met een meervoudige structuur" is, die een erkende organisatie van natuurlijke en rechtspersonen – members – vormt die autonoom handelen in groepen – syndicaten – die autonoom en in onderlinge concurrentie handelen, hoewel zij tot dezelfde organisatie behoren. De interne afdelingen hebben geen afzonderlijke rechtspersoonlijkheid en handelen via de algemeen vertegenwoordiger, die in elk land dezelfde is voor alle syndicaten die op het betrokken grondgebied actief zijn.

18 Arpacal betoogt dat meerdere elementen haar stelling staven dat beide offertes op een en hetzelfde beslissingscentrum kunnen worden teruggevoerd, te weten het feit dat identieke formulieren zijn gebruikt, dat zij door dezelfde persoon zijn ondertekend, in zijn hoedanigheid van bijzonder gevolmachtigde van de algemeen vertegenwoordiger voor Italië, dat de belastingzegels op de economische offertes doorlopend genummerd zijn, en dat dezelfde bewoordingen en dezelfde verklaringen zijn gebruikt. Daaruit volgt volgens Arpacal dat de beginselen van vertrouwelijkheid van de offertes, de eerlijke en vrije mededinging en de gelijke behandeling van inschrijvers zijn geschonden.

19 De verwijzende rechter wijst erop dat volgens de nationale rechtspraak, wanneer meerdere bij Lloyd's aangesloten syndicaten op eenzelfde aanbesteding inschrijven, het feit dat de aanvraag tot deelneming en de economische offerte van die syndicaten zijn ondertekend door de algemeen vertegenwoordiger van Lloyd's voor Italië geen schending inhoudt van artikel 38, lid 1, onder m-quater), en lid 2, van wetsbesluit nr. 163/2006, of van de beginselen van vrije mededinging, autonomie en vertrouwelijkheid van de offertes. In die rechtspraak werd in dat verband gewezen op de bijzondere configuratie van Lloyd's, die volgens de regeling van het Verenigd Koninkrijk, in de verschillende landen actief is via één enkele algemeen vertegenwoordiger. Ook de Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (toezichthoudende autoriteit voor openbare opdrachten, Italië), thans Autorità Nazionale Anticorruzione (nationale dienst voor corruptiebestrijding) heeft in advies nr. 110 van 9 april 2008 verklaard dat de autonomie van de syndicaten en de onderlinge concurrentie de vrijheid van mededinging en de gelijke behandeling van inschrijvers waarborgt.

20 De verwijzende rechter vraagt zich echter af of de aan de orde zijnde Italiaanse regeling, zoals uitgelegd door de nationale rechtspraak, verenigbaar is met het Unierecht. Het klopt dat richtlijn 2009/138 Lloyd's erkent als een bijzondere vorm van verzekeringsonderneming, waarvan de „underwriters" in de Europese Unie mogen optreden via een enkele algemeen vertegenwoordiger voor de betrokken lidstaat. Niettemin blijven openbare aanbestedingsprocedures nog steeds geregeld door dwingende voorschriften die de gelijke behandeling moeten waarborgen, ook al handelen de bij Lloyd's aangesloten syndicaten autonoom en in onderlinge concurrentie. Het lijdt geen twijfel dat, wanneer de algemeen vertegenwoordiger van Lloyd's de offertes van de syndicaten ondertekent, hij de inhoud daarvan kent. Indien meerdere offertes van verschillende inschrijvers door dezelfde persoon worden ondertekend, kan dit er dus toe leiden dat de onafhankelijkheid en de vertrouwelijkheid van deze offertes in het gedrang komen, en dus het beginsel van vrije mededinging wordt geschonden, dat met name in de artikelen 101 en 102 VWEU is verankerd.

21 In die omstandigheden heeft de Tribunale amministrativo regionale per la Calabria de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Staan de in de Europese mededingingsregels vastgelegde beginselen als bedoeld in het [VWEU], alsmede de daaruit voortvloeiende beginselen, zoals de onafhankelijkheid en de vertrouwelijkheid van de offertes, in de weg aan een nationale regeling zoals uitgelegd in de rechtspraak, op grond waarvan aan eenzelfde aanbestedingsprocedure van een aanbestedende dienst gelijktijdig meerdere bij Lloyd's aangesloten syndicaten kunnen deelnemen wier offertes zijn ondertekend door een en dezelfde persoon, te weten de algemeen vertegenwoordiger voor het betrokken land?"

Beantwoording van de prejudiciële vraag

22 In herinnering moet worden gebracht dat in het kader van de bij artikel 267 VWEU ingestelde procedure van samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof het de taak is van het Hof om de nationale rechter een nuttig antwoord te geven aan de hand waarvan deze het bij hem aanhangige geding kan oplossen. Met het oog hierop dient het Hof in voorkomend geval de hem voorgelegde vragen te herformuleren (zie met name arrest van 11 maart 2008, Jager, C-420/06, EU:C:2008:152, punt 46).

23 In casu betreft het hoofdgeding een openbare aanbesteding voor verzekeringsdiensten, waarvan niet bekend is of de waarde de in richtlijn 2004/18 vastgestelde drempel bereikt. Evenwel moet in herinnering worden gebracht dat de plaatsing van opdrachten die, gelet op hun waarde, buiten het toepassingsgebied van genoemde richtlijn vallen, desondanks is onderworpen aan de fundamentele regels en de algemene beginselen van het VWEU, in het bijzonder aan het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, alsook aan de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting, voor zover de betrokken opdrachten, gelet op bepaalde objectieve criteria, een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen (arrest van 16 april 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punt 16).

24 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter dus in wezen te vernemen of de beginselen van transparantie, gelijke behandeling en non-discriminatie die voortvloeien uit de artikelen 49 en 56 VWEU en waarnaar wordt verwezen in artikel 2 van richtlijn 2004/18 aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een regeling van een lidstaat, zoals die welke aan de orde is in het hoofdgeding, op grond waarvan twee bij Lloyd's aangesloten syndicaten niet van deelneming aan eenzelfde openbare aanbestedingsprocedure voor verzekeringsdiensten mogen worden uitgesloten op grond van de enkele reden dat hun respectieve offertes zijn ondertekend door de algemeen vertegenwoordiger van Lloyd's voor die lidstaat.

25 In dat verband moet om te beginnen worden gepreciseerd dat richtlijn 2004/18 weliswaar is ingetrokken bij richtlijn 2014/24 met ingang van 18 april 2016, doch uit vaste rechtspraak van het Hof volgt dat de toepasselijke richtlijn in beginsel die is welke van kracht is op het tijdstip waarop de aanbestedende dienst kiest welk type procedure hij zal volgen en definitief uitmaakt of er voor de gunning van een overheidsopdracht een verplichting bestaat om een voorafgaande oproep tot mededinging te doen. Niet van toepassing zijn daarentegen de bepalingen van een richtlijn waarvan de omzettingstermijn na dat moment is verstreken (zie met name arrest van 14 september 2017, Casertana Costruzioni, C-223/16, EU:C:2017:685, punt 21).

26 Aangezien de in het hoofdgeding aan de orde zijnde aanbestedingsprocedure op 13 augustus 2015 is uitgeschreven terwijl richtlijn 2014/24 op 26 februari 2014 is vastgesteld en de omzettingstermijn ervan in ieder geval op 18 april 2016 is verstreken, is richtlijn 2004/18 dus ratione temporis van toepassing op het hoofdgeding.

27 Alle belanghebbenden die schriftelijke opmerkingen hebben ingediend zijn het erover eens dat Lloyd's een erkende organisatie van natuurlijke en rechtspersonen – members – vormt die weliswaar in groepen – syndicaten – doch autonoom en in onderlinge concurrentie handelen. Aangezien de interne afdelingen geen afzonderlijke rechtspersoonlijkheid hebben, kunnen de syndicaten slechts handelen via de algemeen vertegenwoordiger, die voor elk land een en dezelfde persoon is. Lloyd's preciseert voorts dat die syndicaten geen permanente structuur of een bestendige organisatie van leden zijn, maar veeleer een groepering van leden, waarvan de samenstelling kan wijzigen en die ieder handelen via een eigen bestuursorgaan dat beslissingen neemt die bindend zijn voor hen, ook al hebben zij geen eigen rechtspersoonlijkheid.

28 Uit de verwijzingsbeslissing volgt dat, hoewel volgens de formulering van de prejudiciële vraag de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling twee bij Lloyd's aangesloten syndicaten toestaat deel te nemen aan eenzelfde aanbestedingsprocedure voor verzekeringsdiensten, ook al zijn hun respectieve offertes ondertekend door de algemeen vertegenwoordiger van Lloyd's voor Italië, het hoofdgeding zijn oorsprong vindt in de vaststelling van een aantal beslissingen, waaronder de aan de orde zijnde beslissingen, waarbij Arpacal die twee syndicaten van de procedure heeft uitgesloten juist omdat de bijzonder gevolmachtigde van die vertegenwoordiger noodzakelijkerwijze de inhoud kende van hun offertes aangezien deze beide door hem waren ondertekend.

29 In dat verband moet in herinnering worden gebracht dat artikel 45 van richtlijn 2004/18, dat bepaalt op welke gronden een ondernemer van deelneming aan een overheidsopdracht kan worden uitgesloten, niet voorziet in een uitsluitingsgrond als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die beoogt te vermijden dat collusie ontstaat tussen entiteiten die bij eenzelfde organisatie zijn aangesloten. De in die bepaling neergelegde uitsluitingsgronden houden namelijk uitsluitend verband met de professionele kwaliteiten van de belanghebbenden (zie in die zin arrest van 16 december 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punten 42 en 43).

30 Uit de rechtspraak van het Hof volgt echter dat artikel 45 van richtlijn 2004/18 niet de bevoegdheid van de lidstaten uitsluit om naast deze uitsluitingsgronden materieelrechtelijke voorschriften te handhaven of uit te vaardigen waarmee onder meer moet worden gewaarborgd dat ter zake van overheidsopdrachten het beginsel van gelijke behandeling van alle inschrijvers en het beginsel van transparantie in acht worden genomen, die de grondslag vormen van de gemeenschapsrichtlijnen betreffende de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, mits evenwel het evenredigheidsbeginsel in acht wordt genomen (arrest van 19 mei 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punt 21).

31 Een nationale regeling als die in het hoofdgeding heeft duidelijk tot doel, elke mogelijke collusie tussen de inschrijvers in eenzelfde procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht uit te sluiten en de gelijke behandeling van de inschrijvers en de transparantie van de procedure te waarborgen (zie naar analogie arrest van 19 mei 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punt 22).

32 Ingevolge het evenredigheidsbeginsel, dat een algemeen Unierechtelijk beginsel is, mag een dergelijke regeling evenwel niet verder gaan dan noodzakelijk is voor het bereiken van het gestelde doel (zie in die zin met name arresten van 19 mei 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punten 23 en 24; 23 december 2009, Serrantoni en Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punt 33, en 22 oktober 2015, Impresa Edilux en SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, punt 29).

33 Dienaangaande dient eraan te worden herinnerd dat de Unieregels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten zijn vastgesteld in het kader van de verwezenlijking van een eengemaakte markt die beoogt het vrije verkeer te waarborgen en een einde te maken aan de mededingingsbeperkingen (zie in die zin arrest van 19 mei 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punt 25).

34 In dat verband is het in het belang van het Unierecht om de grootst mogelijke deelneming van inschrijvers aan een aanbesteding te waarborgen (zie in die zin arresten van 19 mei 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punt 26; 23 december 2009, Serrantoni en Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punt 40, en 22 oktober 2015, Impresa Edilux en SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, punt 36).

35 Derhalve gaat volgens vaste rechtspraak van het Hof de automatische uitsluiting van gegadigden of inschrijvers die zich ten aanzien van andere deelnemers in een afhankelijkheidsverhouding bevinden of met andere deelnemers in een vereniging zijn verbonden verder dan nodig is om collusie te voorkomen, en dus dan nodig is om ervoor te zorgen dat het beginsel van gelijke behandeling wordt toegepast en de transparantieverplichting wordt nageleefd (zie in die zin arresten van 19 mei 2009,

Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punt 28; 23 december 2009, Serrantoni en Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punten 38 en 40, en 22 oktober 2015, Impresa Edilux en SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, punten 36 en 38).

36 Een dergelijke automatische uitsluiting berust immers op een onweerlegbaar vermoeden van onderlinge beïnvloeding bij de respectieve aanbiedingen voor dezelfde opdracht van ondernemingen waartussen een afhankelijkheidsverhouding bestaat of die in een vereniging zijn verbonden. Een dergelijke regel van automatische uitsluiting belet deze gegadigden of inschrijvers aldus aan te tonen dat hun aanbiedingen onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen en is dus in strijd met het belang dat de Unie erbij heeft, ervoor te zorgen dat zoveel mogelijk ondernemingen inschrijven op een aanbesteding (zie in die zin arresten van 19 mei 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punten 29 en 30; 23 december 2009, Serrantoni en Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punten 39 en 40, en 22 oktober 2015, Impresa Edilux en SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, punt 36).

37 Dienaangaande dient in herinnering te worden gebracht dat het Hof reeds heeft vastgesteld dat ondernemingen in verschillende vormen en voor verschillende doelstellingen kunnen worden gegroepeerd zonder dat daarbij noodzakelijkerwijs is uitgesloten dat de afhankelijke ondernemingen over een bepaalde autonomie beschikken om hun handelsbeleid en hun economische activiteiten, met name op het gebied van deelneming aan openbare aanbestedingen, te bepalen. De verhoudingen tussen ondernemingen van eenzelfde groep kunnen namelijk worden geregeld door bijzondere bepalingen, die zowel de onafhankelijkheid als de vertrouwelijkheid kunnen waarborgen bij de opstelling van offertes die door de betrokken ondernemingen tegelijk worden ingediend in het kader van eenzelfde aanbesteding (arrest van 19 mei 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punt 31).

38 De naleving van het evenredigheidsbeginsel vereist dus dat de aanbestedende dienst de feiten onderzoekt en beoordeelt om te bepalen of de verhouding tussen twee entiteiten de respectieve inhoud van de in het kader van eenzelfde openbare aanbestedingsprocedure ingediende offertes concreet heeft beïnvloed. De vaststelling van een dergelijke invloed in welke vorm ook volstaat om die ondernemingen van de procedure uit te sluiten (zie in die zin arrest van 19 mei 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punt 32).

39 In casu kan bijgevolg het enkele feit dat offertes als aan de orde in het hoofdgeding door dezelfde persoon zijn ondertekend, te weten de bijzonder gevolmachtigde van de algemeen vertegenwoordiger van Lloyd's voor Italië, niet rechtvaardigen dat die offertes automatisch van de betrokken opdracht worden uitgesloten.

40 Het onderscheid dat Arpacal in dat verband in haar schriftelijke opmerkingen maakt naargelang de handtekening betrekking heeft op de aanvraag tot deelneming aan de aanbestedingsprocedures dan wel op de financiële offertes zelf, is zonder belang. Gesteld al dat een dergelijke handtekening inhoudt dat de bijzonder gevolmachtigde en/of de algemeen vertegenwoordiger van Lloyd's op de hoogte is van de inhoud van de offertes, bewijst dit namelijk op zich hoe dan ook niet dat de syndicaten onderling overleg hebben gepleegd over de inhoud van hun respectieve offertes en dat de tussen hen bestaande verhoudingen en het optreden van de bijzonder gevolmachtigde van de algemeen vertegenwoordiger van Lloyd's een concrete invloed op die offertes hebben uitgeoefend. Dat geldt ook voor de overige door Arpacal aangevoerde elementen die in punt 18 van het onderhavige arrest zijn uiteengezet.

41 Door zich te baseren op het enkele feit dat de offertes zijn ondertekend door de bijzonder gevolmachtigde van de algemeen vertegenwoordiger van Lloyd's voor Italië om de syndicaten uit te sluiten, is er in de aan de orde zijnde beslissingen van uitgegaan dat er sprake was van collusie, zonder dat de syndicaten de gelegenheid hebben gekregen om aan te tonen dat zij hun respectieve offertes volledig los van elkaar hebben opgesteld.

42 In dat verband dient te worden opgemerkt dat uit richtlijn 2009/138, meer in het bijzonder uit artikel 145, lid 2, onder c), ervan volgt dat het voor verzekeringsactiviteiten geldende Unierecht Lloyd's uitdrukkelijk toestaat ten opzichte van derden te worden vertegenwoordigd door een enkele algemeen vertegenwoordiger in iedere lidstaat, zodat Lloyd's haar verzekeringsactiviteiten in de lidstaten slechts kan uitoefenen via de bevoegde algemeen vertegenwoordiger. Dat geldt ook wat de deelneming betreft aan aanbestedingsprocedures voor de gunning van overheidsopdrachten inzake verzekeringsdiensten, in het kader waarvan de offertes van de syndicaten door die vertegenwoordiger moeten worden ondertekend en ingediend.

43 In haar schriftelijke opmerkingen heeft Lloyd's in dat verband gepreciseerd dat het aan de verwijzende rechter staat na te gaan of de algemeen vertegenwoordiger voor de betrokken lidstaat zich er overeenkomstig de interne procedures van Lloyd's toe beperkt op een briefhoofd – en zonder betrokken te zijn bij het besluitvormingsproces van beide syndicaten – de inhoud over te nemen van een standaardantwoord op een aanbesteding en van de standaardformulieren die zijn ingevuld en goedgekeurd door beide syndicaten, waardoor zou worden gewaarborgd dat ieder syndicaat volledig onafhankelijk van de andere syndicaten handelt via zijn eigen bestuursorganen.

44 Derhalve verzet het Unierecht zich ertegen dat de syndicaten van Lloyd's automatisch worden uitgesloten van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde aanbestedingsprocedure op grond van het enkele feit dat hun respectieve offertes zijn ondertekend door de bijzonder gevolmachtigde van de algemeen vertegenwoordiger van Lloyd's voor Italië. De verwijzende rechter moet zich er echter van vergewissen dat de betrokken offertes door ieder van die syndicaten op onafhankelijke wijze zijn ingediend.

45 Zoals de Europese Commissie in haar schriftelijke opmerkingen heeft betoogd, moet echter worden opgemerkt dat de aan de orde zijnde nationale regeling een dergelijke automatische uitsluiting niet lijkt toe te staan, maar de aanbestedende dienst op grond van die regeling niettemin die inschrijvers mag uitsluiten van wie hij op basis van onweerlegbare gegevens vaststelt dat de offertes niet op onafhankelijke wijze zijn geformuleerd, wat aan de verwijzende rechter staat om na te gaan.

46 Op de gestelde vraag moet dus worden geantwoord dat de beginselen van transparantie, gelijke behandeling en non-discriminatie die voortvloeien uit de artikelen 49 en 56 VWEU en waarnaar wordt verwezen in artikel 2 van richtlijn 2004/18, aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een regeling van een lidstaat zoals de regeling welke in het hoofdgeding aan de orde is, op grond waarvan twee bij Lloyd's aangesloten syndicaten niet van deelneming aan eenzelfde openbare aanbestedingsprocedure voor verzekeringsdiensten mogen worden uitgesloten op grond van de enkele reden dat hun respectieve offertes zijn ondertekend door de algemeen vertegenwoordiger van Lloyd's voor die lidstaat, maar die daarentegen wel toestaat dat die syndicaten worden uitgesloten indien op basis van onweerlegbare gegevens blijkt dat hun offertes niet onafhankelijk zijn geformuleerd.

Kosten

47 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Zesde kamer) verklaart voor recht:

De beginselen van transparantie, gelijke behandeling en non-discriminatie die voortvloeien uit de artikelen 49 en 56 VWEU en waarnaar wordt verwezen in artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten,

moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een regeling van een lidstaat, zoals de regeling welke in het hoofdgeding aan de orde is, op grond waarvan twee bij Lloyd's of London aangesloten „syndicates" niet van deelneming aan eenzelfde openbare aanbestedingsprocedure voor verzekeringsdiensten mogen worden uitgesloten op grond van de enkele reden dat hun respectieve offertes zijn ondertekend door de algemeen vertegenwoordiger van Lloyd's of London voor die lidstaat, maar die daarentegen wel toestaat dat die syndicaten worden uitgesloten indien op basis van onweerlegbare gegevens blijkt dat hun offertes niet onafhankelijk zijn geformuleerd.

ondertekeningen