



Datum van
inontvangstneming

:

08/05/2017

Zaak C-144/17

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

22 maart 2017

Verwijzende rechter:

Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

22 februari 2017

Verzoekende partij:

Lloyd's of London

Verwerende partij:

Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria

[omissis]

[omissis]

ITALIAANSE REPUBLIEK:

De Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria

(Eerste kamer)

heeft de navolgende

BESLISSING

gewezen in het beroep [omissis] ingesteld door Lloyd's of London, [omissis]

tegen

Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria, [omissis]
[omissis]

tot nietigverklaring

van de maatregelen prot. nr. 48598 en 48596 van 14 december 2016, waarbij de Arpacal heeft besloten de syndicaten TOKIO MARINE KILN en ARCH uit te sluiten van de openbare procedure voor de aanbesteding van verzekeringsdiensten voor wettelijke en werkgeversaansprakelijkheid – Perceel I;

[Or. 2]

[*omissis*] (overwegingen)

A. – Samenvatting van het voorwerp van het geding

Op 13 augustus 2015 heeft de Agenzia Regionale per la Protezione dell’Ambiente della Calabria (regionale dienst voor milieubescherming van Calabrië, hierna: „Arpacal”) een openbare procedure voor de aanbesteding van verzekeringsdiensten uitgeschreven overeenkomstig d.lgs. (decreto legislativo, hierna: „wetsbesluit”) nr. 163 van 12 april 2006. Deze in zes percelen verdeelde aanbesteding had betrekking op de periode van 2016 tot en met 2018, en de opdracht moest worden gegund volgens het criterium van de „economisch meest voordelige inschrijving”.

Op de aanbesteding hebben onder andere twee bij Lloyd’s of London aangesloten syndicaten ingeschreven, te weten ARCH en TOKIO MARINE KILN, die offertes hebben ingediend voor perceel I betreffende wettelijke en werkgeversaansprakelijkheid. Beide offertes waren ondertekend door de bijzonder gevolmachtigde van de algemeen vertegenwoordiger van Lloyd’s voor Italië.

Bij maatregel van 29 september 2015 zijn deze twee syndicaten van de aanbesteding uitgesloten wegens schending van artikel 38, lid 1, onder m-quater, van wetsbesluit nr. 163/2006.

Volgens deze bepaling mogen aan aanbestedingen geen gegadigden deelnemen die „ten aanzien van een andere inschrijver op dezelfde aanbesteding een afhankelijkheidsrelatie in de zin van artikel 2359 codice civile (Italiaans burgerlijk wetboek) of daarmee een andere, ook feitelijke betrekking hebben, indien die afhankelijkheidsrelatie of die betrekking tot gevolg heeft dat de offertes op één en hetzelfde beslissingscentrum kunnen worden teruggevoerd.”

Tegen deze uitsluitingsmaatregel werd beroep ingesteld bij de verwijzende rechter, die het beroep bij beslissing nr. 104 van 19 januari 2016 niet-ontvankelijk verklaarde wegens het ontbreken van procesbelang. Daarnaast oordeelde de verwijzingsrechter dat de aanbestedende dienst zich opnieuw over de redenen van de uitsluiting diende uit te spreken, na ontvangst van het advies van de Autorità Nazionale Anticorruzione (nationale dienst voor corruptiebestrijding, hierna: „Anac”) **[Or. 3]** over deze problematiek, waar de aanbestedende dienst eerder om had verzocht.

De verwijzingsrechter heeft vervolgens bij beslissing nr. 2264 van 21 november 2016 een andere uitsluitingsmaatregel van 1 oktober 2016 nietig verklaard wegens schending van het gezag van gewijsde. Bij deze maatregel had de Arpacal opnieuw beslist – zonder dat de Anac zich over de kwestie had uitgesproken – dat de syndicaten ARCH en TOKIO MARINE KILN werden uitgesloten omdat de door hen ingediende offertes naar haar oordeel op een en hetzelfde beslissingscentrum konden worden teruggevoerd.

Bij maatregelen prot. nr. 48598 en nr. 48596 van 14 december 2016 besliste de Arpacal opnieuw dat de syndicaten TOKIO MARINE KILN en ARCH moesten worden uitgesloten op grond van artikel 38, lid 1, onder m-quater, en lid 2, van wetsbesluit nr. 163/2006 en artikel 2359 codice civile, omdat de technische en de economische offertes waren ingediend, opgesteld en ondertekend door Giovanni Toniutti in zijn hoedanigheid van bijzonder gevolmachtigde van de algemeen vertegenwoordiger van Lloyd's voor Italië. Op grond daarvan konden de offertes volgens de Arpacal objectief worden teruggevoerd op een en hetzelfde beslissingscentrum.

Lloyd's of London stelde, in de persoon van de algemeen vertegenwoordiger voor Italië, beroep in tegen laatstgenoemde uitsluitingsmaatregelen en voerde schending van artikel 38, lid 1, onder m-quater, van wetsbesluit 163/2006, bevoegdheidsoverschrijding wegens ontbreken van een onderzoek, onredelijkheid en strijd met richtlijn 73/239/EEG en artikel 32 van richtlijn 92/49 EEG aan.

De verzoekende partij wees erop dat Lloyd's een collectieve rechtspersoon met een meervoudige structuur is, een erkende organisatie van natuurlijke en rechtspersonen („members”) die onafhankelijk handelen in groepen die syndicaten („syndicates”) worden genoemd. Deze syndicaten handelen los van elkaar en in onderlinge concurrentie, hoewel zij tot dezelfde organisatie behoren. De verzoekende partij voegde daaraan toe dat de interne onderdelen van de structuur geen autonome subjecten zijn en handelen via de algemeen vertegenwoordiger, die in elk land dezelfde is voor alle syndicaten die op het betrokken grondgebied actief zijn, zoals volgens de Europese richtlijnen is toegestaan.

In haar verweer heeft de Arpacal ter staving van de rechtmatigheid van de uitsluiting [**Or. 4**] aangevoerd dat uit een aantal ondubbelzinnige aspecten kan worden afgeleid dat beide offertes aan een en hetzelfde beslissingscentrum kunnen worden toegerekend.

Die aspecten zijn volgens de Arpacal: het feit dat identieke formulieren zijn gebruikt, dat zij door dezelfde persoon zijn ondertekend – te weten Toniutti (als 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.

Daarnaast meent de Arpacal dat de door de verzoekende partij aangehaalde rechtspraak niet ter zake dient, aangezien deze enkel betrekking heeft op de indiening van een aanvraag tot deelneming, en niet op de ondertekening van de offerte. Daar komt volgens de Arpacal nog bij dat de vermelde rechtspraak dateert van voor de invoering van de bepalingen van wetsbesluit nr. 163/2006 waarvan schending wordt aangevoerd.

Naar oordeel van de Arpacal volgt uit het feit dat de offertes tegelijkertijd zijn ondertekend dat de ondertekenaar kennis had van de daaraan ten grondslag liggende technisch-economische data. Daaruit volgt tevens dat de op deze materie toepasselijke algemene beginselen zijn geschonden, waaronder met name de vertrouwelijkheid van de offertes, de eerlijke en vrije mededinging, en de gelijke behandeling van inschrijvers.

Tot slot heeft de verwerende partij aangevoerd dat het Hof van Justitie van de Europese Unie bij prejudiciële verwijzing krachtens artikel 267 VWEU moet worden verzocht om te beoordelen of de uitlegging van de artikelen 8 en 10 van richtlijn 73/239/EEG en artikel 32 van richtlijn 49/92/EEG – welke zijn vervangen door richtlijn 2009/138/EG – die in de nationale bestuursrechtelijke rechtspraak is ontwikkeld in overeenstemming is met de beginselen van het Unierecht en de artikelen 101 en 102 VWEU. Volgens deze uitlegging kan de algemeen vertegenwoordiger van Lloyd's of London de aanvraag tot deelneming en de economische offerte van meerdere syndicaten ondertekenen zonder daardoor inbreuk te maken op artikel 38, lid 1, onder m-quater, en lid 2 van wetsbesluit nr. 163/2006 – dat eveneens uit Unierecht voortvloeit, aangezien daarbij de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG zijn omgezet.

B. – Toepasselijke nationale bepalingen [Or. 5] en het Unierecht

Van toepassing op de in het onderhavige geding aan de orde zijnde situatie zijn artikel 38, lid 1, onder m-quater, en lid 2 van wetsbesluit nr. 163/2006, houdende de Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (wetboek overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen tot omzetting van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG), waarnaar de aanbestedende dienst heeft verwezen. Dit wetboek werd op 19 april 2016 ingetrokken met de inwerkingtreding van wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016.

Artikel 38, lid 1, onder m-quater, bepaalt dat (rechts)personen die „ten aanzien van een andere inschrijver op dezelfde aanbesteding een afhankelijkheidsrelatie in de zin van artikel 2359 codice civile 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, en niet als onderaannemers van deze opdrachten kunnen optreden of overeenkomsten met betrekking tot deze opdrachten kunnen sluiten „indien die

afhankelijkheidsrelatie of die betrekking tot gevolg heeft dat de offertes op een en hetzelfde beslissingscentrum kunnen worden teruggevoerd”.

Artikel 38, lid 2, van dit wetsbesluit bepaalt over de door de gegadigden of inschrijvers te verstrekken verklaringen onder andere: „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 codice civile, en de offerte onafhankelijk 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 codice civile bevinden, en dat hij de offerte onafhankelijk 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 codice civile bevinden, en dat hij de offerte onafhankelijk heeft opgesteld;*

In de gevallen onder a), b) en c) sluit de aanbestedende dienst op basis van ondubbelzinnig bewijs de [Or. 6] 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 worden beslist nadat de enveloppen met de economische offertes zijn geopend.”

De aanbestedende dienst (Arpacal) heeft op grond van de genoemde bepalingen besloten om de syndicaten TOKIO MARINE KILN en ARCH uit te sluiten, omdat het feit dat de offertes door dezelfde persoon zijn ondertekend, te weten de bijzonder gevolmachtigde van de algemene vertegenwoordiger van Lloyd's of London voor Italië, volgens haar inhoudt dat de offertes op een en hetzelfde beslissingscentrum terug te voeren zijn.

Het Unierecht op het gebied van verzekeringsondernemingen regelt specifiek de wijze waarop Lloyd's binnen de landen van de Europese Unie kan werken.

Richtlijn 2009/138/EG, waarbij de eerdere richtlijnen 73/239/EEG en 42/92/EEG zijn ingetrokken, bepaalt in artikel 145, „Voorwaarden voor het vestigen van een bijkantoor” het volgende:

„1. *De lidstaten zorgen ervoor dat een verzekeringsonderneming die op het grondgebied van een andere lidstaat een bijkantoor wenst te vestigen, de toezichthoudende autoriteiten van de lidstaat van herkomst daarvan in kennis stelt.*

Met een bijkantoor wordt gelijkgesteld: elke duurzame aanwezigheid van een onderneming op het grondgebied van een lidstaat, ook indien die aanwezigheid niet de vorm heeft van een bijkantoor, maar enkel bestaat uit een bureau, beheerd door eigen personeel van de onderneming of door een zelfstandig persoon die echter gemachtigd is duurzaam voor die onderneming op te treden zoals een agentschap zou doen.

2. 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:

a) de naam van de lidstaat op het grondgebied waarvan zij het bijkantoor wenst te vestigen;

b) haar programma van werkzaamheden, waarin ten minste de aard [Or. 7] van de voorgenomen werkzaamheden en de organisatiestructuur van het bijkantoor worden vermeld;

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);

d) het adres in de lidstaat van ontvangst waar documenten kunnen worden opgevraagd en afgeleverd, waaronder de mededelingen aan de algemeen gevolmachtigde.

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.”

In de nationale rechtspraak is deze problematiek reeds eerder aan de orde gekomen in verband met een aanbesteding waarop meerdere bij Lloyd's aangesloten syndicaten hadden ingeschreven. In deze zaak werd geoordeeld dat het feit dat de offertes door een en dezelfde persoon worden ondertekend geen inbreuk op de beginselen van onafhankelijkheid en vertrouwelijkheid van de offertes inhield.

In de rechtspraak werd gewezen op de bijzondere configuratie van Lloyd's, een erkende organisatie van natuurlijke en rechtspersonen („members”) die zich los van elkaar dan wel in groepen die geen organisaties vormen („syndacates”) daarbij aansluiten en, volgens de nationale regeling van het Verenigd Koninkrijk, in de verschillende landen actief zijn via een algemeen vertegenwoordiger.

Juist gezien deze configuratie heeft de nationale rechter geoordeeld dat er geen sprake is van schending of omzeiling van het beginsel van vrije mededinging, en dat er, bij gebreke van verdere specifieke omstandigheden, geen vermoeden bestaat dat de deelnemers elkaar hebben beïnvloed (verwijzingen nationale rechtspraak).

Ook de Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (toezichthoudende autoriteit voor openbare contracten, thans Anac) was van oordeel dat “...*de onafhankelijkheid van de afzonderlijke syndicaten en de onderlinge concurrentie voorkomen [Or. 8] dat de markt wordt verstoord, en dus de vrijheid van mededinging en de gelijke behandeling van inschrijvers in het gedrang komen*” (Advies nr. 110 van 9 april 2008).

C. – Motivering van de prejudiciële verwijzing

Volgens de genoemde rechterlijke uitspraken vormt deelneming door meerdere syndicaten aan dezelfde aanbesteding geen schending van de beginselen die in het Unierecht zijn vastgesteld ter verdediging van het beginsel van vrije mededinging, waarvan de beginselen van autonomie en vertrouwelijkheid van de offertes uitvloeisels zijn.

Ter ondersteuning van deze opvatting werd verwezen naar de bepalingen van de richtlijnen die op de in de rechtszaken aan de orde zijnde situaties van toepassing zijn, welke alle dateren van vóór de inwerkingtreding van richtlijn 2009/138/EG. Meer in het bijzonder werd verwezen naar richtlijn 73/239/EEG waarvan artikel 8 ten aanzien van het Verenigd Koninkrijk bepaalt dat „Lloyd’s Underwriters” een toegelaten rechtsvorm is voor verzekeringsondernemingen.

Daarnaast werd in deze uitspraken gewezen op artikel 10 van richtlijn 73/239/EEG, dat uitdrukkelijk bepaalt dat de „underwriters” in het buitenland worden vertegenwoordigd door één gevolmachtigde voor elk land.

Deze beginselen zijn bevestigd in de derde richtlijn inzake verzekeringen, richtlijn 92/49/EEG [*omissis*] (verwijzing naar nationale rechtspraak).

Daaruit wordt de conclusie getrokken dat de Europese regelgeving uitdrukkelijk betrekking heeft op Lloyd’s of London, door te erkennen dat dit een van andere, traditionele verzekeraars verschillende instelling is waarin de „underwriters” gedwongen zijn om beroep te doen op een enige vertegenwoordiger die per land verschilt.

Qua regelgeving is de situatie niet wezenlijk veranderd door de invoering van de laatste richtlijn (2009/138/EG), die juist nader heeft gespecificeerd dat de naam moet worden vermeld 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)’.

Bij deze verwijzingsbeslissing wordt aan het Hof van Justitie van de Europese Unie een uitleggingsvraag gesteld over de verenigbaarheid van de beschreven nationale regeling, zoals uitgelegd in de rechtspraak, met het beginsel van vrije mededinging dat aan het Unierecht op het gebied van overheidsopdrachten ten grondslag ligt.

De genoemde bepalingen van de bovenvermelde richtlijnen stellen de „underwriters” van Lloyd’s zonder meer in staat om via een enkele algemeen vertegenwoordiger in de lidstaten van de Europese Unie actief te zijn.

De verwijzende rechter wijst er evenwel op dat deze bepalingen niet noodzakelijkerwijs impliceren dat meerdere bij Lloyd’s aangesloten syndicaten tegelijk aan eenzelfde aanbesteding van een aanbestedende dienst kunnen deelnemen.

Dat de verschillende syndicaten volstrekt onafhankelijk en onderling concurrerend werken moet zonder meer worden erkend.

Toch moet er rekening mee worden gehouden dat openbare aanbestedingsprocedures waaraan meerdere marktspelers onderling concurrerend deelnemen, worden geregeld door dwingende voorschriften die specifiek bedoeld zijn om de *par condicio competitorum* te eerbiedigen.

In de onderhavige zaak lijkt het geen twijfel dat de algemeen vertegenwoordiger, door de offertes van de syndicaten te ondertekenen, de inhoud daarvan kent.

Met betrekking tot openbare aanbestedingsprocedures moet worden erkend dat, aangezien daarbij specifieke belangen betrokken zijn die absoluut en objectief moeten worden gewaarborgd, indien twee of meer offertes van verschillende inschrijvers door dezelfde persoon worden ondertekend, dit ertoe kan 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 neergelegd.

D. – Formulering van de vraag

[Or. 10]

Op grond van het bovenstaande stelt het college derhalve de volgende uitleggingsvraag:

„Staan de in de Europese mededingingsregels vastgelegde beginselen als bedoeld in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (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, volgens welke aan eenzelfde aanbesteding van een aanbestedende dienst gelijktijdig meerdere bij Lloyd's of London aangesloten syndicaten kunnen deelnemen wier offertes zijn ondertekend door een en dezelfde persoon, te weten de algemeen vertegenwoordiger voor het betrokken land?"

E. – [omissis] [standaardformules]

[omissis]

Dictum

De Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Eerste kamer), zonder definitief uitspraak te doen op het bovenvermelde beroep,

a) legt aan het Hof van Justitie van de Europese Unie de bovenstaande prejudiciële vraag voor;

[omissis] [Or. 11] [omissis]

Aldus in raadkamer besloten te Catanzaro op 22 februari 2017 *[omissis]* (handtekening en standaardformules)