



Repertoriul jurisprudenței

CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
prezentate la 22 noiembrie 2017¹

Cauza C-531/16

**Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras,
„Ecoservice projektai” UAB, denumită anterior „Specializuotas transportas” UAB
cu intervenția:
„VSA Vilnius” UAB,
„Švarinta” UAB,
„Specialus autotransportas” UAB,
„Ecoservice” UAB**

[cerere de decizie preliminară formulată de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Curtea Supremă, Lituania)]

„Întrebare preliminară – Directiva 2004/18/CE – Proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii – Egalitate de tratament – Transparență – Concurență efectivă între ofertanți – Legături între ofertanții care depun oferte independente în cadrul aceleiași proceduri – Obligație de informare a ofertanților afiliați – Obligații ale autorității contractante și ale instanței naționale”

1. Atunci când doi sau mai mulți ofertanți între care există anumite legături își depun ofertele în procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice, poate exista suspiciunea că aceștia acționează în mod coordonat (sau chiar în coluziune), aducând astfel atingere transparenței și altor reguli sau principii ale dreptului Uniunii care reglementează procedurile respective.
2. Acesta este contextul în care se încadrează întrebările preliminare adresate de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Curtea Supremă, Lituania), având în vedere că două filiale ale unei întreprinderi urmăreau, printre altele, să obțină atribuirea contractului de colectare și de transport al deșeurilor într-un municipiu al țării respective.
3. Prin intermediul întrebărilor adresate, instanța de trimitere solicită să se stabilească, în definitiv, dacă ofertanții respectivi sunt obligați, inclusiv în lipsa unei prevederi legale specifice, să informeze autoritatea contractantă cu privire la raporturile dintre ei și modul în care trebuie să acționeze autoritatea respectivă atunci când află despre existența acestor raporturi.
4. Prin urmare, cererea de decizie preliminară oferă Curții posibilitatea de a-și completa jurisprudența privind principiile egalității de tratament și transparenței în procedurile reglementate de Directiva 2004/18/CE², atunci când ofertanții din cadrul acestor proceduri fac parte din același grup de întreprinderi.

¹ Limba originală: spaniola.

² Directiva Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii (JO 2004, L 134, p. 114, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 116).

I. Cadrul normativ

A. Dreptul Uniunii

1. Directiva 2004/18

5. În considerentul (46) se arată că:

„Atribuirea contractelor trebuie realizată pe baza unor criterii obiective care asigură respectarea principiilor de transparență, de nediscriminare și de egalitate de tratament și care garantează aprecierea ofertelor în condiții eficiente de concurență [...]”

6. Conform articolului 2:

„Autoritățile contractante tratează operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează potrivit principiului transparenței.”

7. Conform articolului 45 alineatul (2):

„Poate fi exclus de la participarea la un contract orice operator economic:

- (a) care este în stare de faliment, de lichidare, de încetare a activității, de administrare judiciară sau de concordat preventiv sau în orice altă situație analoagă ce rezultă în urma unei proceduri similare în temeiul actelor cu putere de lege de drept intern;
- (b) care face obiectul unei proceduri de declarare a falimentului, de administrare judiciară, de lichidare, de concordat preventiv sau al oricărei alte proceduri similare în temeiul actelor cu putere de lege de drept intern;
- (c) care a făcut obiectul unei hotărâri cu autoritate de lucru judecat, în conformitate cu dispozițiile legale ale țării, privind o faptă care aduce atingere eticii profesionale;
- (d) care s-a făcut vinovat de o gravă abatere profesională, dovedită prin orice mijloace pe care autoritățile contractante le pot justifica;
- (e) care nu și-a îndeplinit obligațiile privind plata contribuțiilor la asigurările sociale, în conformitate cu dispozițiile legale ale țării în care este stabilit sau ale țării autorității contractante;
- (f) care nu și-a îndeplinit obligațiile privind plata impozitelor și taxelor, în conformitate cu dispozițiile legale ale țării în care este stabilit sau ale țării autorității contractante;
- (g) care s-a făcut grav vinovat de declarații false prin furnizarea informațiilor solicitate în temeiul prezentei secțiuni sau care nu a furnizat respectivele informații.”

2. Directiva 89/665/CEE³

8. Articolul 1 alineatul (1) al treilea paragraf prevede:

„Statele membre adoptă măsurile necesare pentru a garanta că, în ceea ce privește contractele circumscrise domeniului de aplicare al Directivei 2004/18/CE, deciziile luate de autoritățile contractante pot fi supuse unor căi de atac efective și, în special, cât se poate de rapide, în conformitate cu condițiile stabilite la articolele 2-2f din prezenta directivă, în temeiul nerespectării, prin aceste decizii, a legislației comunitare în domeniul achizițiilor publice sau a normelor de drept intern de transpunere a acesteia.”

9. Articolul 2 alineatul (1) litera (b) prevede:

„(1) Statele membre garantează că măsurile luate în privința căilor de atac menționate la articolul 1 prevăd competențe care să permită:

[...]

(b) fie anularea, fie asigurarea anulării deciziilor luate în mod ilegal, inclusiv eliminarea specificațiilor tehnice, economice sau financiare discriminatorii din chemarea la competiție, din documentația de contract sau din orice alt document legat de procedura de atribuire a contractului;”

B. Dreptul național

1. *Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Legea Republicii Lituania privind achizițiile publice)*⁴

10. Conform articolului 3 alineatul 1:

„Autoritatea contractantă garantează, în cadrul procedurilor de achiziții publice și de atribuire a contractelor, respectarea principiilor egalității de tratament, nediscriminării, recunoașterii reciproce, proporționalității și transparenței.”

2. *Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas (Legea Republicii Lituania privind concurența)*⁵

11. Conform articolului 3 alineatul 14:

„«Grup de operatori economici afiliați» [înseamnă] doi sau mai mulți operatori economici care, atunci când se controlează și se dețin reciproc și pot să acționeze în mod concertat, se consideră că constituie un singur operator economic în vederea calculării veniturilor brute și a cotei de piață ale acestora. Cu excepția cazului în care se dovedește altfel, se consideră că constituie un grup de operatori economici afiliați orice operator economic în cauză și

[...]

3 Directiva Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări (JO 1989, L 395, p. 33, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 237), astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007 de modificare a Directivelor 89/665/CEE și 92/13/CEE ale Consiliului în ceea ce privește ameliorarea eficacității căilor de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice (JO 2007, L 335, p. 31).

4 Legea din 13 august 1996 (Žin., 1996, nr. 84-2000).

5 Legea din 23 martie 1999 (Žin., 1999, nr. 30-856).

- 2) operatorii economici gestionați în comun cu acesta sau cei împreună cu care exercită serviciile administrative și al căror consiliu de supraveghere, consiliu de administrație sau alt organism de gestionare ori de supraveghere este constituit cel puțin jumătate din aceiași membri ca cei ai operatorului economic în cauză;
- 3) operatorii economici în cadrul cărora operatorul economic în cauză deține cel puțin o treime din capital ori din totalul drepturilor de vot sau care au obligația să își coordoneze cu acesta deciziile economice, răspund în fața sa de executarea obligațiilor în raport cu terții, trebuie să îi transfere în tot sau în parte profiturile sau l-au autorizat să folosească cel puțin o treime din activele lor;

[...]”

12. Articolul 5 alineatul 1 prevede:

„1. Sunt interzise și sunt nule de la adoptarea lor acordurile care au ca obiect restrângerea concurenței sau care o restrâng ori o pot restrânge, în special:

- 1) acordurile care stabilesc direct sau indirect prețul anumitor bunuri sau alte condiții de cumpărare sau de vânzare;

[...]”

II. Situația de fapt

13. La 9 iulie 2015, Viešoji įstaiga Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras (Centrul pentru gestionarea deșeurilor din regiunea Šiauliai, Lituania, denumit în continuare „centrul de gestionare”) a organizat o procedură de cerere de ofertă privind prestarea serviciilor municipale de colectare și de transportare a deșeurilor în municipiul Šiauliai.

14. Conform informațiilor din decizia de trimitere, anunțul de participare interzicea ofertanților să depună oferte alternative (variante)⁶.

15. Au fost depuse patru oferte de către:

- A) Specialus autotransportas UAB (denumită în continuare „ofertantul A”);
- B) Specializuotas transportas UAB (denumită în continuare „ofertantul B”);
- C) Ekonovus UAB;
- D) Grupul comercial VSA Vilnius UAB (denumit în continuare „VSA Vilnius”) și Švarinta UAB.

16. Ofertanții A și B sunt filiale ale societății Ecoservice UAB (denumită în continuare „Ecoservice”)⁷.

⁶ În observațiile scrise ale ofertantului B (punctul 34), este transcrisă clauza 39 din caietul de sarcini, în care era prevăzută această interdicție.

⁷ Conform deciziei de trimitere (punctul 10 din versiunea în limba franceză), societatea-mamă deține 100 % și, respectiv, 98,12 % din acțiunile ofertanților A și B, ale căror consilii de administrație sunt formate din aceleași persoane.

17. Împreună cu oferta sa⁸, ofertantul B a depus în mod voluntar o declarație pe proprie răspundere în sensul că participă la cererea de ofertă în mod autonom și independent de orice alți operatori economici cu care ar putea fi afiliat și a solicitat centrului de gestionare să trateze toate celelalte întreprinderi drept concurenți. În plus, acesta s-a obligat să furnizeze, la cerere, o listă cu operatorii cu care este afiliat.

18. Centrul de gestionare a respins oferta depusă de ofertantul A pentru motivul că nu a respectat una dintre condițiile prevăzute de caietul de sarcini⁹. Ofertantul A nu a atacat decizia respectivă¹⁰.

19. Contractul a fost atribuit în cele din urmă ofertantului B.

20. VSA Vilnius a formulat o plângere în care a susținut că ofertele depuse de ofertanții A și B nu au fost analizate în mod corespunzător și că au fost încălcate principiile transparenței și egalității în fața legii.

21. Ca urmare a respingerii plângerii sale, VSA Vilnius a introdus o acțiune¹¹ care a fost admisă în principal de Šiaulių apygardos teismas (Tribunalul Regional din Šiauliai, Lituania) prin hotărârea din 18 ianuarie 2016, care a fost menținută de Lietuvos apeliacinis teismas (Curtea de Apel, Lituania) prin ordonanța din 5 aprilie 2016.

22. Centrul de gestionare și ofertantul B au declarat recurs la Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Curtea Supremă, Lituania), care a formulat prezenta cerere de decizie preliminară.

III. Întrebările preliminare adresate

23. Acestea sunt formulate după cum urmează:

„1) Principiul liberei circulații a persoanelor și a serviciilor, prevăzut la articolul 45 TFUE și, respectiv, la articolul 56 TFUE, principiile egalității de tratament a ofertanților și transparenței prevăzute la articolul 2 din Directiva 2004/18 și principiul concurenței libere și echitabile între operatorii economici, care decurge din principiile menționate anterior (împreună sau separat, dar fără o limitare la aceste dispoziții), trebuie să fie înțelese și interpretate în sensul că:

dacă niște ofertanți între care există legături economice, de gestiune, financiare sau de alt tip care pot să genereze îndoieli privind independența lor și protecția informațiilor confidențiale și/sau să ofere condițiile prealabile (potențiale) pentru ca ei să beneficieze de un avantaj față de alți ofertanți au decis să depună oferte separate (independente) în cadrul aceleiași proceduri de achiziții publice, aceștia sunt obligați să dezvăluie în orice caz raporturile respective dintre ei autorității contractante, chiar dacă autoritatea contractantă nu solicită informații în acest sens în mod explicit, indiferent dacă normele juridice naționale care reglementează achizițiile publice precizează sau nu precizează că există efectiv o asemenea obligație?

⁸ În cadrul ofertei sale, ofertantul B a menționat un subcontractant care este de asemenea filială a Ecoservice și al cărui consiliu de administrație este format din aceleași persoane fizice ca cele care fac parte din consiliile ofertanților A și B.

⁹ În concret, deoarece acesta nu a respectat cerința de a utiliza, pentru prestarea serviciului, vehicule speciale cu motoare care respectă cel puțin standardul Euro 5.

¹⁰ Cu toate acestea, ulterior, atunci când instanța de prim grad a admis o acțiune introdusă de un ofertant independent, ofertantul A a declarat apel împotriva acestei decizii judecătorești.

¹¹ VSA Vilnius a invocat faptul că, în ceea ce privește filialele Ecoservice, ofertanții A și B trebuiau considerați întreprinderi afiliate în sensul articolului 3 alineatul 14 din Legea privind concurența și că ofertele lor trebuiau apreciate ca fiind alternative. A mai susținut că întreprinderile respective au participat la procedura de cerere de ofertă fără a fi în mod efectiv concurenți și au acționat în coluziune. A argumentat că, având în vedere că depunerea unor oferte alternative era interzisă prin condițiile privind achizițiile publice, ofertele depuse de ofertanții A și B trebuiau respinse.

- 2) În cazul în care răspunsul la prima întrebare:
- (a) este afirmativ (altfel spus, ofertanții trebuie să dezvăluie în orice caz legăturile dintre ei autorității contractante), faptul că obligația menționată nu a fost respectată într-o astfel de situație sau că nu a fost respectată în mod corespunzător este suficient pentru ca autoritatea contractantă să considere sau pentru ca un organism responsabil de soluționarea căilor de atac (instanță) să decidă că ofertanții afiliați care au depus oferte separate în cadrul aceleiași proceduri de achiziții publice nu participă la aceasta în condiții de concurență efectivă (ci simulează existența concurenței)?
 - (b) este negativ (altfel spus, ofertanții nu au nicio obligație suplimentară – care nu este prevăzută în legislație sau în condițiile privind achizițiile publice – de a dezvălui legăturile dintre ei), riscul pe care îl presupune participarea unor operatori economici afiliați și riscul legat de consecințele care decurg din aceasta trebuie să fie suportate atunci de autoritatea contractantă, dacă ea nu a precizat în documentația aferentă achizițiilor publice că ofertanții au o asemenea obligație?
- 3) Indiferent de răspunsul la prima întrebare și având în vedere Hotărârea Curții de Justiție [din 12 martie 2015] în cauza eVigilo [(C-538/13, EU:C:2015:166)], dispozițiile legale menționate în prima întrebare, precum și articolul 1 alineatul (1) al treilea paragraf și articolul 2 alineatul (1) litera (b) din Directiva 89/665 (împreună sau separat, dar fără o limitare la aceste dispoziții) trebuie să fie înțelese și interpretate în sensul că:
- (a) dacă, în cursul procedurii de achiziții publice, autoritatea contractantă constată, în orice mod, că există legături (raporturi) importante între anumiți ofertanți, autoritatea contractantă în cauză este obligată, indiferent de propria apreciere referitoare la acest fapt și (sau) la alte împrejurări (de exemplu, diferențele de formă și de fond dintre ofertele depuse de ofertanți, angajamentul public asumat de un ofertant de a concura în mod loial cu alți ofertanți și altele), să abordeze separat ofertanții afiliați și să le solicite să clarifice dacă și în ce mod situația lor este compatibilă cu concurența liberă și loială dintre ofertanți?
 - (b) dacă autoritatea contractantă are o astfel de obligație, dar nu o îndeplinește, există un temei suficient pentru ca instanța să declare acțiunile autorității contractante respective ca fiind nelegale, întrucât ea nu a asigurat transparența procedurală și obiectivitatea și nu a solicitat probe solicitantului sau nu a luat, din oficiu, o decizie cu privire la posibila influență pe care situația personală a persoanelor afiliate ar putea să o aibă asupra rezultatului procedurii de achiziții publice?
- 4) Dispozițiile legale menționate în a treia întrebare și articolul 101 alineatul (1) TFUE (împreună sau separat, dar fără o limitare la aceste dispoziții), trebuie să fie înțelese și interpretate, din perspectiva Hotărârii din 12 martie 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), a Hotărârii din 21 ianuarie 2016, Eturas și alții (C-74/14, EU:C:2016:42), și a Hotărârii din 21 iulie 2016, VM Remonts și alții (C-542/14, EU:C:2016:578), pronunțate de Curtea de Justiție, în sensul că:
- (a) în cazul în care un ofertant (solicitantul) a luat cunoștință despre respingerea ofertei cu prețul cel mai scăzut depuse de unul dintre cei doi ofertanți afiliați în cadrul unei proceduri de achiziții publice (oferantul A) și despre faptul că celălalt ofertant (oferantul B) a fost declarat ca fiind ofertantul câștigător și având în vedere totodată celelalte împrejurări legate de acești ofertanți și participarea lor la procedura de achiziții [faptul că ofertanții A și B au același consiliu de administrație, faptul că ei au aceeași societate-mamă, care nu a participat la procedura de achiziții, faptul că ofertanții A și B nu au dezvăluit autorității contractante legăturile dintre ei și nu au furnizat în mod separat clarificări suplimentare cu privire la legăturile respective, printre altele întrucât nu au existat solicitări în acest sens, faptul că ofertantul A a furnizat, în oferta sa, informații contradictorii referitoare la respectarea de către

mijloacele de transport propuse (camioane pentru colectarea deșeurilor) a condiției privind clasa de emisie Euro 5 din cererea de ofertă, faptul că ofertantul care a depus oferta cu prețul cel mai scăzut, care a fost respinsă din cauza deficiențelor identificate în cuprinsul său, în primul rând, nu a contestat decizia autorității contractante și, în al doilea rând, a declarat apel împotriva hotărârii pronunțate în primă instanță, iar în cadrul acestui apel a contestat, printre altele, legalitatea respingerii ofertei sale etc.] și în cazul în care autoritatea contractantă nu a luat nicio măsură în legătură cu toate aceste împrejurări, informațiile în cauză sunt suficiente în sine pentru motivarea unei cereri adresate organismului responsabil de soluționarea căilor de atac prin care se solicită constatarea nelegalității acțiunilor autorității contractante, întrucât aceasta nu a asigurat transparența procedurală și obiectivitatea și, în plus, nu a impus solicitantului să prezinte probe concrete în sensul că ofertanții A și B au acționat în mod nealial?

- (b) simplele împrejurări că ofertantul B a depus în mod voluntar o declarație de participare efectivă, că standardele privind gestionarea calității pentru participarea la procedura de achiziții publice au fost aplicate de ofertantul B și, în plus, că ofertele depuse de ofertanții A și B nu au fost identice din punctul de vedere al formei și al conținutului nu constituie elemente de probă suficiente pentru a dovedi autorității contractante că acești ofertanți au participat în mod efectiv și loial la procedura de achiziții publice?
- 5) Articolul 101 TFUE, astfel cum a fost interpretat în jurisprudența Curții de Justiție, poate fi aplicat în principiu aprecierii acțiunilor unor operatori economici între care există legături reciproce (ambii fiind filiale ale aceleiași societăți) și care participă în mod separat la aceeași procedură de achiziții publice, a cărei valoare atinge pragul aferent unei proceduri concurențiale internaționale de achiziții publice, și în condițiile în care sediul autorității contractante care a anunțat procedura de achiziții publice și locul unde trebuie să fie furnizate serviciile nu sunt foarte departe de un alt stat membru (Republica Letonia), ținând cont, printre altele, de angajamentul voluntar al unuia dintre operatorii economici respectivi de a respecta regulile concurenței loiale?”

IV. Procedura în fața Curții și pozițiile părților

24. Trimiterea preliminară a fost înregistrată la grefa Curții la 18 octombrie 2016.

25. Au formulat observații scrise centrul de gestionare, VSA Vilnius, Ecoservice proiectai UAB (fostul ofertant B), guvernele lituanian și ceh, precum și Comisia. S-a considerat că nu este necesar să se organizeze o ședință.

26. Centrul de gestionare nu și-a exprimat în mod concret opinia cu privire la fiecare dintre cele cinci întrebări adresate de instanța de trimitere, limitându-se să declare că știa despre legăturile dintre cei doi ofertanți, deoarece era un fapt cunoscut, și că nu a fost indus în eroare în niciun moment atunci când a adoptat deciziile.

27. Potrivit centrului de gestionare, dincolo de legătura dintre ofertanți, care, în sine, nu implică lipsa concurenței, în procedura principală erau întrunite o serie de elemente obiective care i-au permis să concluzioneze că aceștia concureau între ei.

28. În ceea ce privește prima întrebare preliminară, toate părțile, cu excepția VSA Vilnius, propun un răspuns negativ. Acestea susțin în esență că nici TFUE, nici Directiva 2004/18 nu interzic întreprinderilor afiliate să depună oferte și nici nu exclud posibilitatea ca un ofertant să prezinte mai multe oferte. Reglementarea Uniunii nu prevede nicio procedură prin care operatorii să fie informați cu privire la identitatea celorlalți ofertanți și care să le permită să verifice eventualele legături dintre ei

și să informeze autoritatea contractantă în acest sens. În ceea ce privește principiile transparenței, egalității de tratament și nediscriminării, acestea nu pot fi interpretate în sensul că ofertanții sunt obligați să declare din proprie inițiativă legăturile dintre ei, fără a aduce atingere obligației acestora de a furniza informațiile care pot fi solicitate de autoritatea contractantă.

29. În schimb, VSA Vilnius propune un răspuns afirmativ la prima întrebare, ceea ce îl determină să abordeze prima dintre ipotezele prezentate în cea de a doua întrebare. În opinia sa, ar fi disproporționat ca ofertanții să nu poată răsturna prezumția că au acționat în mod concertat, bazată pe faptul că nu au menționat legăturile dintre ei. Cu toate acestea, pasivitatea lor sau lipsa de informații în acest sens ar putea fi interpretată, împreună cu alte indicii sau cu alte probe suplimentare, drept dovadă a unui comportament neconcurențial.

30. În ceea ce privește a doua ipoteză prezentată în cea de a doua întrebare, Ecoservice projektai și guvernul lituanian înclină spre un răspuns afirmativ, subliniind obligația autorității contractante de a asigura respectarea din punct de vedere material, iar nu strict formal, a principiilor prevăzute la articolul 2 din Directiva 2004/18.

31. VSA Vilnius susține că autoritatea contractantă trebuie să își asume riscul participării unor ofertanți afiliați numai dacă, aflând prin alte mijloace despre existența acestei legături, nu adoptă măsuri pentru a verifica circumstanțele în care participă ofertanții respectivi.

32. Comisia consideră că, în cazul în care autoritatea contractantă nu poate dovedi că un ofertant a săvârșit o abatere profesională gravă, aceasta nu poate împiedica participarea sa la procedură.

33. Părțile au analizat a treia, a patra și a cincea întrebare împreună.

34. Ecoservice projektai susține că autoritatea contractantă trebuie să solicite informații ofertanților numai dacă are motive să se îndoiască de faptul că aceștia participă la procedură cu respectarea regulilor de concurență, împrejurările menționate în cea de a patra întrebare nefiind suficiente pentru constatarea nelegalității comportamentului autorității contractante. În opinia sa, articolul 101 TFUE nu ar justifica examinarea acțiunilor ofertanților afiliați care participă separat la procedură.

35. VSA Vilnius susține teza contrară. Aceasta invocă, în special, faptul că, potrivit Curții, autoritățile contractante trebuie să aibă un rol activ în ceea ce privește aplicarea principiilor care stau la baza achizițiilor publice. Această obligație implică sarcina autorității contractante de a solicita informații ofertanților afiliați cu privire la forma în care participă la procedură, deoarece, în caz contrar, sarcina probei privind comportamentul lor neloial ar reveni în mod nejustificat celorlalți ofertanți. În opinia sa, obligația de a dovedi existența unei concurențe efective revine ofertanților afiliați, fără a aduce atingere obligației autorității contractante de a le solicita să elimine eventualele îndoieli privind natura participării lor la procedură.

36. Guvernul lituanian consideră că autoritatea contractantă este obligată să verifice activ dacă procedura se desfășoară în mod transparent. Atunci când este vorba despre ofertanți afiliați, aceasta trebuie să verifice dacă afilierea respectivă afectează conținutul ofertelor pe care le-au depus. În cazul în care există elemente obiective care pot pune la îndoială transparența procedurii, autoritatea contractantă ar trebui să analizeze toate împrejurările relevante și, la momentul potrivit, să solicite informații părților.

37. Guvernul respectiv consideră de asemenea că, în cazul în care autoritatea contractantă nu adoptă măsuri pentru a asigura transparența, comportamentul acesteia ar fi nelegal în două situații: dacă, deși știa sau ar fi putut ști că exista posibilitatea să participe doi ofertanți afiliați, nu a adoptat măsuri pentru a asigura caracterul autonom al ofertelor acestora și dacă, cu toate că a adoptat respectivele măsuri, constată ulterior că acestea nu au fost suficiente.

38. În sfârșit, guvernul lituanian susține că din împrejurările din litigiu rezultă că ofertanții afiliați formează o „unitate economică”, astfel încât articolul 101 TFUE nu ar fi aplicabil.

39. În opinia guvernului ceh, nu este suficientă numai existența unor legături între ofertanți pentru a justifica excluderea lor din procedură. Este determinant să se stabilească dacă legăturile respective pot afecta rezultatul procedurii, ceea ce ar obliga autoritatea contractantă să examineze situația specifică a ofertanților. Atât timp cât protecția concurenței în cadrul procedurilor de achiziții publice este asigurată de dreptul derivat, nu este necesar să se invoce articolul 101 TFUE.

40. Comisia arată că, printre informațiile pe care autoritatea contractantă le poate solicita ofertanților, în conformitate cu Directiva 2004/18, nu figurează cele referitoare la legăturile cu alți ofertanți, cu toate că aceasta este obligată să verifice dacă există motive de excludere. În ceea ce privește jurisprudența Curții invocată de instanța de trimitere în cea de a treia și în cea de a patra întrebare, Comisia consideră că aceasta nu prezintă relevanță pentru răspunsul la întrebările adresate.

41. În ceea ce privește articolul 101 TFUE, Comisia susține că acesta nu este aplicabil acordurilor sau practicilor concertate dintre o societate-mamă și filiala sa sau dintre filialele din cadrul aceluiași grup și nici unei societăți-mamă care are o influență determinantă asupra filialelor sale. În împrejurările din litigiul principal, sub rezerva hotărârii instanței de trimitere, ofertanții A și B formează o unitate economică, ceea ce ar exclude aplicarea dispoziției respective.

V. Analiză

42. Întrebările adresate de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Curtea Supremă, Lituania) pot fi grupate astfel cum am menționat la începutul prezentelor concluzii:

- pe de o parte (prima și a doua întrebare), trebuie să se stabilească dacă ofertanții afiliați care depun oferte separate sunt obligați, în orice caz, să dezvăluie acest aspect autorității contractante și, în caz afirmativ, trebuie să se determine consecințele nefurnizării acestei informații;
- pe de altă parte (a treia, a patra și a cincea întrebare), trebuie să se stabilească modul în care trebuie să acționeze autoritatea contractantă – și, eventual, instanța care examinează actele acesteia – în cazul în care știe despre existența unor legături semnificative între anumiți ofertanți.

A. Cu privire la obligația ofertanților de a informa autoritatea contractantă cu privire la legătura lor cu alți ofertanți (prima și a doua întrebare)

43. Instanța de trimitere solicită să se stabilească, în primul rând, dacă ofertanții afiliați care participă la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice au obligația de a furniza această informație, „chiar dacă autoritatea contractantă nu solicită informații în acest sens în mod explicit, [și] indiferent dacă normele juridice naționale care reglementează achizițiile publice precizează sau nu precizează că există efectiv o asemenea obligație”¹².

44. În mod logic, prezumția implicită din întrebare – și, în general, din observațiile părților – este că nu se poate interzice pur și simplu ofertanților afiliați să depună oferte în cadrul unei asemenea proceduri. Astfel a reținut Curtea în Hotărârea Assitur¹³, fără ca această prezumție să fie contestată.

¹² Prima întrebare, al doilea paragraf *in fine*.

¹³ Hotărârea din 19 mai 2009, C-538/07, EU:C:2009:317, punctul 28: „ar fi contrar unei aplicări eficiente a dreptului comunitar să fie excluse sistematic de la dreptul de a participa la aceeași procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice întreprinderile între care există raporturi de afiliere. Astfel, o asemenea soluție ar reduce considerabil concurența la nivel comunitar”.

45. Plecând de la această premisă, obligația de a dezvălui legăturile respective nu este prevăzută de Directiva 2004/18 (și nici de Legea lituaniană privind achizițiile publice), acest aspect fiind de asemenea necontestat de părți.

46. VSA Vilnius este singurul care susține că această obligație este impusă, în mod indirect sau implicit, de necesitatea de a răsturna prezumția conform căreia legăturile dintre ofertanți, ca urmare a lipsei autonomiei acestora, pot să aducă atingere transparenței procedurilor de atribuire și să denatureze concurența.

47. Teza adoptată de VSA Vilnius se confruntă din start cu un obstacol important, deoarece Curtea a statuat că „principiile transparenței și egalității de tratament care guvernează toate procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice impun definirea clară în prealabil a condițiilor de fond și de procedură referitoare la participarea la un contract și ca acestea să fie făcute publice, în special a obligațiilor care incumbă ofertanților, pentru ca aceștia să poată cunoaște exact obligațiile procedurale și să aibă garanția faptului că aceleași cerințe sunt aplicabile tuturor concurenților”¹⁴.

48. O *condiție* (așa-zisa obligație de a dezvălui legăturile dintre întreprinderi) care nu figurează în caietul de sarcini, nu este prevăzută de legea națională și nici de Directiva 2004/18 nu ar trece testul transparenței, la care face referire Curtea. Prin urmare, la prima întrebare preliminară ar trebui să se răspundă în sensul că, în lipsa unei prevederi legale exprese (în dreptul Uniunii sau în dreptul național), ofertanții afiliați nu sunt obligați să informeze autoritatea contractantă referitor la legăturile dintre ei.

49. Se poate susține, în acord cu teza adoptată de VSA Vilnius¹⁵, că obligația respectivă, deși nu este explicită, rezultă din jurisprudența Curții în materia achizițiilor publice?

50. Considerăm că nu se poate susține acest lucru, deoarece jurisprudența respectivă a recunoscut că societățile care fac parte din grupuri de întreprinderi pot să se bucure „de o anumită autonomie în cadrul gestiunii politicii lor comerciale și a activităților lor economice, în special în domeniul participării la proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice” și să fie „reglementate de dispoziții speciale, de exemplu de ordin contractual, de natură să garanteze atât independența, cât și confidențialitatea la momentul elaborării ofertelor care ar fi depuse simultan [...] în cadrul aceleiași cereri de ofertă”¹⁶.

51. În opinia noastră, din cele statuate de Curte rezultă că, în cazul în care nu există o prevedere expresă care să impună întreprinderilor afiliate obligația respectivă, acestea nu sunt obligate, atunci când apreciază că ofertele lor sunt independente, să informeze autoritatea contractantă referitor la legăturile societare dintre ele.

52. În plus, dacă, în mod ipotetic, s-ar admite această abordare a VSA Vilnius, obligația respectivă nu ar respecta includerea în caietul de sarcini a unei „condiții *clar* definite”, astfel cum a solicitat Curtea. În această ipoteză, ar fi vorba despre o obligație care rezultă într-o măsură mai mare sau mai mică din interpretarea dreptului Uniunii și, prin urmare, nu s-ar putea impune ca operatorii economici obișnuiți să aibă cunoștință de existența ei¹⁷.

14 Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 37).

15 Punctul 18 din observațiile sale scrise.

16 Hotărârea din 19 mai 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, punctul 31).

17 Curtea a făcut referire la ofertantul suficient de informat și care dă dovadă de o diligență normală, de exemplu, în Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom (C-448/01, EU:C:2003:651, punctul 57).

53. Poate că problema ar trebui privită din altă perspectivă, având în vedere că, în prezenta cauză, în caietul de sarcini era expres interzisă¹⁸ depunerea unor oferte alternative sau a unor „varianțe” de către același ofertant¹⁹.

54. Ar putea rezulta din această interdicție că ofertanții A și B trebuiau să dezvăluie autorității contractante legăturile dintre ei? În plus, aceștia ar fi trebuit să demonstreze că, în pofida afilierii lor, cele două oferte erau independente și nu puteau fi considerate alternative?²⁰

55. În realitate, această clauză din caietul de sarcini respectă articolul 24 alineatul (2) din Directiva 2004/18, aplicabil contractelor de achiziții publice de servicii, conform căruia „autoritățile contractante precizează în anunțul de participare dacă autorizează sau nu variantele; variantele nu pot fi autorizate în lipsa acestei mențiuni”²¹. Prin urmare, se poate concluziona că ofertele alternative sau variantele sunt, în principiu, excluse²², cu excepția cazului în care autoritatea contractantă le admite în anumite cazuri.

56. Totuși, este dificil să acceptăm că, din interdicția de a depune variante, atât atunci când aceasta este prevăzută în caietul de sarcini (precum în prezenta cauză), cât și atunci când nu este prevăzută, poate rezulta o obligație implicită a ofertanților afiliați de a dezvălui autorității contractante legăturile societare dintre ei.

57. Această interdicție ar obliga, cel mult, operatorii economici să specifice că oferta lor nu este o simplă variantă sau alternativă a ofertei altui concurent. Nu ar fi vorba, așadar, despre îndeplinirea unei obligații generale privind dezvăluirea calității lor de întreprinderi afiliate, deoarece dreptul Uniunii nu prevede o astfel de obligație. Directiva 2004/18 nu împiedică, în principiu, operatorii economici afiliați să participe la aceeași procedură de achiziții publice, cu excepția situației în care „există un risc real de apariție a unor practici care pot să amenințe transparența și să denatureze concurența dintre ofertanți”²³.

58. În cazul în care se urmează acest raționament, clauza prin care se interzice depunerea variantelor, prevăzută în caietul de sarcini, ar implica numai în astfel de situații speciale obligația ofertanților de a dezvălui autorității contractante legăturile dintre ei, în vederea eliminării riscului respectiv.

59. Totuși, există două motive pentru care din această interpretare a Directivei 2004/18 nu pot fi extrase prea multe consecințe practice pentru soluționarea litigiului.

60. În primul rând, în declarația sa pe propria răspundere, depusă în mod voluntar, ofertantul B a asigurat că participă în mod autonom și independent de orice alți operatori economici cu care ar putea fi afiliat, solicitând centrului de gestionare să trateze toți ceilalți ofertanți drept concurenți. Faptul că, în declarația respectivă, acesta nu s-a referit expres la ofertantul A este irelevant în prezenta

18 A se vedea punctul 14 din prezentele concluzii. Instanța de trimitere face referire la această interdicție la punctul 18 din decizia de trimitere (conform versiunii în limba franceză a documentului respectiv).

19 În ceea ce privește ofertele alternative (varianțe), a se vedea în special Arrowsmith, S.: *The Law of Public Utilities Procurement*, vol. 1, Sweet & Maxwell, Londra, ed. a 3-a, 2014, 7-246-7-251.

20 Astfel cum susține Sánchez Graells, A.: *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart, Oxford, ed. a 2-a, 2015, p. 341, regula de bază în această materie ar fi interdicția depunerii mai multor oferte de către o singură entitate. Un corolar al acestei reguli ar fi că interdicția respectivă se extinde la entitățile din cadrul aceluiași grup.

21 Conform alineatului (1) al acestui articol, autoritățile contractante pot autoriza ofertanții să prezinte variante în cazul în care criteriul de atribuire este cel al ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic.

22 A se vedea Arrowsmith, S.: *The Law of Public Utilities Procurement*, op. cit., 7-247.

23 Hotărârea din 19 mai 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, punctul 30).

cauză, deoarece, potrivit centrului de gestionare²⁴, legătura dintre cele două societăți era cunoscută (era notorie). În opinia noastră, este important că, având în vedere că ofertantul B a declarat că oferta sa este independentă, se poate considera că acesta a încercat să respecte clauza din caietul de sarcini care excludea depunerea ofertelor alternative.

61. În al doilea rând, prin declarația depusă la centrul de gestionare se urmărește informarea sa cu privire la legăturile societare dintre ofertanți, pentru ca acesta să analizeze mai atent propunerile lor și să identifice eventualele acțiuni concertate. Având în vedere că, astfel cum am menționat, centrul de gestionare însuși admite că, în acest caz, știa despre legăturile respective datorită notorietății lor și a apreciat fără dificultate că, prin ofertele (cu conținut diferit) depuse, cei doi operatori concureau în mod efectiv²⁵, dezvăluirea legăturilor dintre ei ar fi fost inutilă.

62. Dincolo de aceste circumstanțe concrete strâns legate de situația de fapt, considerăm că, în prezenta cauză, această interpretare a Directivei 2004/18 ar fi atât de complicată încât nu ar respecta cerința privind definirea clară a condițiilor de fond și de procedură referitoare la participarea la procedurile de achiziții publice, prevăzută de jurisprudența Curții²⁶.

63. Prin urmare, propunem să se răspundă la prima întrebare preliminară că articolele 45 TFUE și 56 TFUE, precum și articolul 2 din Directiva 2004/18 trebuie interpretate în sensul că, în lipsa unor dispoziții exprese sau prevederi speciale în cuprinsul clauzelor care reglementează procedura, ofertanții afiliați care depun oferte separate nu sunt obligați să dezvăluie autorității contractante legăturile dintre ei.

64. În ceea ce privește a doua întrebare preliminară, răspunsul poate fi dedus din prima întrebare. În această ipoteză (inexistența unei dispoziții exprese sau a unei prevederi speciale în cuprinsul clauzelor care reglementează procedura de achiziții publice), autoritatea contractantă însăși este cea care, astfel cum susține instanța de trimitere, „trebuie să își asume riscul pe care îl presupune participarea unor operatori economici afiliați și riscul legat de consecințele care decurg din aceasta”.

65. Cu toate acestea, nu am vorbi despre *asumarea unui risc* de către autoritatea contractantă, ci despre obligația sa de a garanta egalitatea de tratament între ofertanți și transparența procedurii. Pentru a îndeplini această obligație, autoritatea contractantă trebuie să împiedice ca participarea ofertanților afiliați să prejudicieze ceilalți participanți, denaturând concurența care trebuie să existe între toți aceștia, ceea ce s-a întâmplat în prezenta cauză, conform autorității contractante.

B. Cu privire la obligațiile autorității contractante în contextul existenței unei legături între ofertanți (a treia, a patra și a cincea întrebare)

66. Împărtășim opinia Comisiei potrivit căreia a treia, a patra și a cincea întrebare preliminară pot primi un răspuns comun, cu toate că reformularea propusă de noi nu coincide în totalitate cu a sa²⁷.

²⁴ Punctul 2 din observațiile sale scrise.

²⁵ Punctul 4 din observațiile sale scrise.

²⁶ Facem trimitere, din nou, la Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 37).

²⁷ Comisia propune reformularea celor trei întrebări după cum urmează: „instanța națională solicită să se stabilească dacă articolul 101 TFUE este aplicabil în prezenta cauză și, în caz afirmativ, dacă articolul 101 TFUE, dispozițiile Directivei 89/665/CE și ale Directivei 2004/18/CE, precum și jurisprudența (în concret, Hotărârile eVigilo, Eturas și VM Remonts) trebuie interpretate în sensul că autoritatea contractantă trebuie să verifice în continuare existența unor legături între doi ofertanți în cauza examinată de instanța națională” (punctul 42 din observațiile scrise ale Comisiei).

67. În opinia noastră, prin intermediul întrebărilor respective, instanța de trimitere solicită să se stabilească dacă, în împrejurări precum cele din litigiul principal, autoritatea contractantă are obligația să solicite ofertanților afiliați să dovedească faptul că situația lor nu este contrară principiului concurenței. Aceasta dorește să afle, de asemenea, dacă pasivitatea autorității contractante este suficientă pentru a califica drept nelegal comportamentul său în cadrul procedurii.

68. Astfel cum am menționat, nu a fost contestat nici că ofertanții A și B erau persoane juridice afiliate, nici că, pentru centrul de gestionare, această afiliere era de notorietate publică (motiv pentru care a considerat că nu este necesar să le solicite informații în acest sens).

69. În plus, totul pare să indice că cei doi ofertanți, A și B, formează o unitate economică prin prisma calității lor de filiale ale aceleiași societăți-mamă, în împrejurări care permit să se prezume că aceasta din urmă exercită o influență decisivă asupra celor doi²⁸. Dacă acest lucru se confirmă, este suficient – astfel cum au constatat majoritatea părților – pentru a se concluziona că articolul 101 TFUE nu este aplicabil în prezenta cauză.

70. Astfel, este cunoscut că, potrivit jurisprudenței Curții, articolul menționat nu este aplicabil în cazul în care acordurile sau practicile prevăzute de el sunt realizate de întreprinderi care formează o unitate economică²⁹.

71. Concurența care se dorește a fi protejată în cadrul procedurilor de achiziții publice nu este atât cea (generală) de pe piața internă, dintre operatorii economici independenți, cât cea (mai specifică) care trebuie să caracterizeze procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice³⁰. Din această din urmă perspectivă, ceea ce contează realmente sunt autonomia și diferențele *efective* dintre ofertele respective (care îi vor permite autorității contractante să selecteze cu ușurință oferta cea mai favorabilă intereselor publice), fie că operatorii economici participă în mod independent, fie că sunt afiliați. Prin urmare, astfel cum arată guvernul ceh³¹, protecția concurenței în cadrul procedurilor de achiziții publice trebuie identificată în primul rând în dreptul derivat (în acest caz, în Directiva 2004/18)³².

72. Faptul că articolul 101 TFUE nu este aplicabil în prezenta cauză nu implică, totuși, că jurisprudența invocată de instanța de trimitere în cea de a treia și în cea de a patra întrebare preliminară este irelevantă.

73. Astfel, deși cauza eVigilo³³ viza un conflict de interese între autoritatea contractantă și experții care au analizat ofertele depuse, Curtea a făcut la momentul respectiv o constatare de principiu, aplicabilă și în prezenta cauză. Aceasta a statuat că, în cazul în care se prezintă elemente obiective care pun la îndoială imparțialitatea unui expert, „revine acestei autorități contractante sarcina să examineze toate împrejurările relevante care au condus la adoptarea deciziei referitoare la atribuirea contractului, în scopul de a preveni conflictele de interese, de a le identifica și de a le remedia, inclusiv, dacă este cazul, solicitând părților să furnizeze anumite informații și elemente de probă”³⁴.

28 A se vedea în special Hotărârea din 16 iunie 2016, Evonik Degussa și AlzChem/Comisia (C-155/14 P, EU:C:2016:446, punctul 28).

29 A se vedea în acest sens Hotărârea din 4 mai 1989, Bodson (30/87, EU:C:1988:225, punctul 19), și Hotărârea din 11 aprilie 1989, Saeed Flugreisen și Silver Line Reisebüro (66/86, EU:C:1989:140, punctul 35).

30 În mod logic, pot exista întreprinderi neafiliate care acționează în coluziune și care urmăresc tocmai să denatureze concurența în cadrul procedurilor de achiziții publice, acționând în mod concertat pentru a nu se prezenta la procedură sau pentru a se prezenta în condiții nelegale convenite între ele.

31 Punctul 10 din observațiile sale scrise.

32 Directivă care, din nou, nu împiedică, în principiu, participarea ofertanților afiliați.

33 Hotărârea din 12 martie 2015, C-538/13, EU:C:2015:166.

34 Hotărârea din 12 martie 2015, eVigilio (C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 44).

74. Curtea amintește că această obligație rezultă din „rolul activ” conferit autorității contractante pentru aplicarea principiilor privind atribuirea contractelor de achiziții publice, tocmai în temeiul obligației acesteia de a trata operatorii economici în mod egal și de a acționa potrivit principiului transparenței, în conformitate cu articolul 2 din Directiva 2004/18³⁵. Curtea reține că obligația respectivă „corespunde înseși esenței directivelor referitoare la procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice [a se vedea Hotărârea din 16 decembrie 2008, Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:731, punctul 45)]”³⁶.

75. În ceea ce privește Hotărârile Eturas și alții³⁷ și VM Remonts și alții³⁸, acestea au ca obiect, astfel cum subliniază în mod corect Comisia³⁹, o practică concertată privind prețurile între întreprinderi independente și răspunderea unui ofertant pentru acțiunile unui furnizor independent care presta servicii în favoarea sa. Chiar și în aceste condiții, în cuprinsul hotărârilor respective există anumite elemente privind dovedirea comportamentului coluziv care pot fi utile în prezenta cauză.

76. De exemplu, în prima dintre hotărâri se arată că „principiul efectivității impune ca dovada unei încălcări a dreptului concurenței al Uniunii să poată fi adusă nu numai prin probe directe, ci și prin intermediul unor indicii, cu condiția ca acestea să fie obiective și concordante”⁴⁰. Conform celei de a doua hotărâri, în lipsa unor norme ale Uniunii în materia probelor, „normele privind aprecierea probelor și nivelul probatoriu necesar [...] intră sub incidența autonomiei procedurale a statelor membre”⁴¹.

77. Transpunând această jurisprudență la circumstanțele din litigiul principal, în cazul în care autoritatea contractantă anunță că în procedură participă operatori afiliați, „rolul activ” pe care trebuie să îl aibă aceasta, în calitate de garant al concurenței efective dintre ofertanți, ar trebui să o determine, în mod normal, să verifice autonomia ofertelor depuse⁴².

78. În concluzie, această prevenție nu ar reprezenta decât una dintre măsurile prin care se urmărește „să [se] examineze toate împrejurările relevante [...] în scopul de a preveni conflictele de interese, de a le identifica și de a le remedia, inclusiv, dacă este cazul, solicitând părților să furnizeze anumite informații și elemente de probă”⁴³.

79. În cazuri precum acesta, autoritatea contractantă poate totuși să renunțe la notificarea ofertanților afiliați, cu scopul de a le solicita – conform întrebării instanței de trimitere – „să clarifice dacă și în ce mod situația lor personală este compatibilă cu concurența liberă și loială dintre ofertanți”. Desigur, ar putea fi oportun și ca autoritatea contractantă să solicite „părților, dacă este cazul, să furnizeze anumite informații și elemente de probă”, dacă informațiile și probele de care dispune nu sunt suficiente pentru a-și forma o părere privind riscul ca ofertele să nu fie autonome și să denatureze concurența.

35 *Ibidem*, punctul 42.

36 *Ibidem*, punctul 43.

37 Hotărârea din 21 ianuarie 2016, C-74/14, EU:C:2016:42.

38 Hotărârea din 21 iulie 2016, C-542/14, EU:C:2016:578.

39 Punctele 46 și 47 din observațiile sale scrise.

40 Hotărârea din 21 ianuarie 2016, Eturas și alții (C-74/14, EU:C:2016:42, punctul 37).

41 Hotărârea din 21 iulie 2016, VM Remonts și alții (C-542/14, EU:C:2016:578, punctul 21).

42 Diversitatea ofertelor trebuie să sporească presiunea concurențială dintre ofertanți, astfel încât fiecare dintre acestea să fie realmente „contestabilă” (pentru a folosi o expresie specifică dreptului concurenței) de către ceilalți ofertanți, iar contractul să fie atribuit pe merit.

43 Hotărârea din 12 martie 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 44).

80. Prin urmare, ceea ce contează nu este ca autoritatea contractantă să se adreseze ofertanților afiliați pentru a le solicita informații privind raporturile dintre ei și pentru a afla opinia lor privind respectarea principiului concurenței dintre ofertanți. Factorul determinant este mai degrabă ca autoritatea contractantă să poată să excludă ipoteza că prezența simultană a doi operatori afiliați implică un risc pentru concurență. În mod cert, autoritatea contractantă poate ajunge la această concluzie atât dacă le solicită informațiile sau opinia respectivă, cât și dacă utilizează informațiile deja disponibile în cadrul procedurii, fără să fie necesar, prin urmare, să se adreseze operatorilor.

81. Curtea a mai statuat că „problema dacă raportul de control în cauză a exercitat vreo influență asupra conținutului ofertelor depuse de fiecare dintre întreprinderile respective în cadrul aceleiași proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice impune efectuarea unei examinări și a unei aprecieri a situației de fapt care sunt de competența autorităților contractante”⁴⁴.

82. Totuși, astfel cum a arătat centrul de gestionare în observațiile scrise, examinarea și aprecierea situației de fapt l-au determinat să concluzioneze că, având în vedere că știa despre legătura dintre ofertanții A și B, întrucât era un fapt notoriu, acesta a putut să excludă ipoteza că ofertele depuse de ei nu erau concurente, pe baza mai multor elemente obiective:

- Faptul că unul dintre ofertanții afiliați a depus o declarație în mod voluntar în sensul că oferta sa este independentă implică „un comportament loial și conform cu dispozițiile” legislației naționale.
- Atât forma, cât și conținutul ofertelor depuse de ofertanții afiliați erau diferite.
- Oferta depusă de ofertantul A a fost respinsă „în mod absolut independent de voința sa, cu alte cuvinte la inițiativa autorității contractante”⁴⁵.

83. Pe baza informațiilor de care dispunea, centrul de gestionare a apreciat că nu exista riscul de denaturare a concurenței dintre ofertanții A și B. Centrul respectiv a adăugat că, dacă ar fi constatată că aceștia „au avut un comportament din care reieșea că nu doreau să li se atribuiască contractul”, această împrejurare „ar fi putut constitui un indiciu care ar fi determinat-o să analizeze legăturile dintre ei și să aprecieze că comportamentul lor în cadrul procedurii de achiziții publice reprezenta, eventual, o practică concertată”⁴⁶.

84. S-ar putea dezbate dacă informațiile de care dispunea centrul de gestionare erau suficiente pentru a exclude posibilul risc asupra concurenței dintre ofertanți, însă ar fi vorba despre o analiză care ar reveni în sarcina acestuia, sub controlul ulterior al instanței naționale, care are obligația să verifice – dacă i se solicită acest lucru – deciziile centrului.

85. În opinia noastră, Curtea nu ar trebui să intervină în dezbaterile privind forța probatorie mai mică sau mai mare care trebuie conferită indiciilor enumerate de instanța de trimitere la litera (a) și (b) din cuprinsul celei de a patra întrebări. Revine exclusiv instanței de trimitere sarcina de a efectua această analiză privind situația de fapt și elementele de probă dintr-o procedură cu care este sesizată, în conformitate cu normele interne în materia aprecierii probelor⁴⁷.

44 Hotărârea din 19 mai 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, punctul 32).

45 Punctul 4 din observațiile scrise ale centrului de gestionare.

46 Punctul 6 din observațiile scrise ale autorității contractante. Tot la acest punct se adaugă că practicile concertate sunt permise atât între operatorii afiliați, cât și între cei care concurează în mod formal, însă încheie acorduri interzise de dreptul concurenței.

47 Facem trimitere la Hotărârea din 21 iulie 2016, VM Remonts și alții (C-542/14, EU:C:2016:578, citată la punctul 76).

86. Revenind, aşadar, la întrebarea dacă autoritatea contractantă este obligată în mod absolut să se adreseze, astfel cum am arătat, operatorilor afiliați, considerăm că aceasta trebuie să primească un răspuns negativ, atât în general, cât și în prezenta cauză. Totul depinde de suficiența sau de insuficiența materialului probatoriu disponibil și, prin urmare, de temeiurile obiective ale deciziei autorității contractante de a permite accesul în procedură al ofertanților afiliați, aspect care trebuie soluționat, în cele din urmă, de instanța de trimitere.

VI. Concluzie

87. În temeiul considerațiilor prezentate, propunem Curții să răspundă Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Curtea Supremă, Lituania) după cum urmează:

„Articolele 45 TFUE și 56 TFUE, precum și articolul 2 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii trebuie interpretate în sensul că, în împrejurări precum cele din cauza principală:

1. În lipsa unei dispoziții normative exprese sau a unei prevederi speciale în caietul de sarcini care să reglementeze condițiile de atribuire a unui contract de achiziții publice de servicii, ofertanții afiliați care depun oferte separate în cadrul aceleiași proceduri nu sunt obligați în mod absolut să dezvăluie autorității contractante legăturile dintre ei.
2. Autoritatea contractantă are obligația să solicite ofertanților respectivi informațiile pe care le consideră necesare dacă, având în vedere elementele care trebuie analizate în procedura respectivă, are îndoieli cu privire la riscul ca participarea simultană a acestora să aducă atingere transparenței și să denatureze concurența dintre ofertanții care doresc să presteze serviciul.”