Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
présentées le 22 novembre 2017 [1]

Affaire C-531/16

Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras,
« Ecoservice projektai » UAB, anciennement « Specializuotas transportas » UAB,
en présence de :
« VSA Vilnius » UAB,
« Švarinta » UAB,
« Specialus autotransportas » UAB,
« Ecoservice » UAB

[demande de décision préjudicielle formée par le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie)]

« Renvoi préjudiciel – Directive 2004/18/CE – Procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services – Égalité de traitement – Transparence – Concurrence effective entre les soumissionnaires – Existence de liens entre des soumissionnaires ayant présenté des offres autonomes pour le même marché – Devoir d'information des soumissionnaires liés – Obligations du pouvoir adjudicateur et du juge national »

1. Lorsque deux ou plusieurs soumissionnaires ayant certains liens entre eux présentent leurs offres dans le cadre de procédures de passation des marchés publics, on peut soupçonner qu'ils agissent de manière coordonnée (ou même, collusoire) au détriment de la transparence et d'autres règles ou principes du droit de l'Union régissant ces procédures.

2. Tel est le contexte dans lequel s'inscrivent les questions préjudicielles posées par le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie), dans une situation où deux sociétés filiales d'une troisième cherchaient, parmi d'autres, se voir attribuer le contrat de collecte et de transport des déchets dans une commune de ce pays.

3. Par ses questions préjudicielles, la juridiction de renvoi souhaite savoir, en définitive, si les soumissionnaires sont tenus, même en l'absence de disposition réglementaire spécifique, d'informer le pouvoir adjudicateur des liens existant entre eux et la manière dont le pouvoir adjudicateur doit agir lorsqu'il prend connaissance de l'existence de ces liens.

4. Le renvoi préjudiciel offre donc à la Cour la possibilité de préciser sa jurisprudence relative aux principes d'égalité de traitement et de transparence dans les procédures régies par la directive 2004/18/CE [2], lorsque les parties à de telles procédures appartiennent à un même groupe d'entreprises.

1 Langue originale : l'espagnol.

2 Directive du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO 2004, L 134, p. 114).

I. Le cadre juridique

A. Le droit de l'Union

1. La directive 2004/18

5. Aux termes du considérant 46 de la directive 2004/18 :

« L'attribution du marché devrait être effectuée sur la base de critères objectifs qui assurent le respect des principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement et qui garantissent l'appréciation des offres dans des conditions de concurrence effective. […] »

6. Selon l'article 2 de la directive 2004/18 :

« Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence. »

7. Selon l'article 45, paragraphe 2, de la directive 2004/18 :

« Peut être exclu de la participation au marché tout opérateur économique :

a) qui est en état de faillite, de liquidation, de cessation d'activités, de règlement judiciaire ou de concordat préventif ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales ;

b) qui fait l'objet d'une procédure de déclaration de faillite, de règlement judiciaire, de liquidation, de concordat préventif ou de toute autre procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales ;

c) qui a fait l'objet d'un jugement ayant autorité de chose jugée selon les dispositions légales du pays et constatant un délit affectant sa moralité professionnelle ;

d) qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier ;

e) qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale selon les dispositions légales du pays où il est établi ou celles du pays du pouvoir adjudicateur ;

f) qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement de ses impôts et taxes selon les dispositions légales du pays où il est établi ou celles du pays du pouvoir adjudicateur ;

g) qui s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant les renseignements exigibles en application de la présente section ou qui n'a pas fourni ces renseignements. »

2. La directive 89/665

8. Aux termes de l'article 1er, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive 89/665/CEE [3] :

« Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application de la directive 2004/18, les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 2 à 2 septies de la présente directive, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit. »

9. L'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665 prévoit :

« 1. Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1er prévoient les pouvoirs permettant :

[…]

b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause ;

[…] »

B. Le droit lituanien

1. La loi lituanienne sur les marchés publics

10. L'article 3, paragraphe 1, de la Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (loi lituanienne sur les marchés publics) [4] dispose :

« Le pouvoir adjudicateur assure que, lors des procédures de passation de marchés et de l'attribution du marché, les principes d'égalité des armes, de non-discrimination, de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité et de transparence sont respectés. »

3 Directive du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO 1989, L 395, p. 33), telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007 (JO 2007, L 335, p. 31) (ci-après la « directive 89/665 »).

4 Loi du 13 août 1996 (Žin., 1996, n.º 84-2000).

2. La loi lituanienne sur la concurrence

11. Aux termes de l'article 3, paragraphe 14, de la Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas (loi lituanienne sur la concurrence) [5] :

« [On entend, par] "groupe d'opérateurs économiques liés", deux ou plus de deux opérateurs économiques qui, en ce qu'ils se contrôlent ou se détiennent mutuellement et sont en mesure de se concerter, sont considérés comme formant un seul opérateur économique aux fins du calcul de leur revenu brut et de leur part de marché. Sauf preuve du contraire, sont considérés comme formant un groupe d'opérateurs économiques liés tout opérateur économique en cause et :

[…]

2) les opérateurs économiques qui sont gérés en commun avec celui-ci ou partagent avec lui leurs services administratifs ou dont le conseil de surveillance, le conseil de direction ou un autre organe de gestion ou de surveillance est composé au moins pour moitié des mêmes membres que ceux de l'opérateur économique en cause ;

3) les opérateurs économiques dans lesquels l'opérateur économique en cause détient au moins un tiers du capital ou un tiers de l'ensemble des droits de vote ou qui ont l'obligation de coordonner avec lui leurs décisions économiques, sont tenus de lui répondre de l'exécution de leurs obligations envers des tiers, sont tenus de lui transférer tout ou partie de leurs bénéfices ou l'ont autorisé à se servir d'au moins un tiers de leurs actifs ;

[…] »

12. L'article 5, paragraphe 1, de la loi lituanienne sur la concurrence dispose :

«1. Sont interdits et nuls dès leur conclusion les accords qui visent à restreindre la concurrence ou qui restreignent ou peuvent restreindre la concurrence, notamment :

1) les accords qui fixent directement ou indirectement le prix de certaines marchandises ou d'autres conditions d'achat ou de vente ;

[…] »

II. Les faits

13. Le 9 juillet 2015, le Viešoji įstaiga Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras (centre de traitement des déchets dans la région de Šiauliai, Lituanie ; ci-après, « centre de traitement ») a publié un appel d'offres pour l'attribution d'un marché public ayant pour objet le service de collecte et de transport des déchets urbains de la commune de Šiauliai.

14. Selon les informations contenues dans la décision de renvoi, l'appel d'offres interdisait aux soumissionnaires de présenter des variantes de leurs offres [6].

15. Quatre soumissionnaires ont présenté des offres :

A) « Specialus autotransportas » UAB (ci-après le « soumissionnaire A ») ;

5 Loi du 23 mars 1999 (Žin., 1999, n.° 30-856).

6 Les observations écrites du soumissionnaire B reproduisent (au point 34) la clause 39 des conditions de l'appel d'offres litigieux (cahier des charges) contenant cette interdiction.

B) « Specializuotas transportas » UAB (ci-après le « soumissionnaire B ») ;

C) Ekonovus » UAB ;

D) le groupement commercial « VSA Vilnius » UAB et « Švarinta » UAB.

16. Les soumissionnaires A et B sont des filiales de Ecoservice UAB[7].

17. Avec son offre[8], le soumissionnaire B a présenté spontanément une déclaration sur l'honneur indiquant qu'il participait à l'appel d'offres de manière autonome et indépendamment de tout autre opérateur qui lui serait éventuellement lié et demandant au centre de traitement de considérer tout autre opérateur comme un concurrent. Il s'est également engagé à présenter, sur demande du pouvoir adjudicateur, la liste des opérateurs qui lui étaient liés.

18. Le centre de traitement a rejeté l'offre du soumissionnaire A, celui-ci n'ayant pas respecté une des conditions du cahier des charges de l'appel d'offres[9], decision que le soumissionnaire A n'a pas contestée[10].

19. Le marché a finalement été attribué au soumissionnaire B.

20. VSA Vilnius a présenté une réclamation au centre de traitement, faisant valoir que les offres des soumissionnaires A et B n'avaient pas fait l'objet d'une évaluation appropriée et invoquant la violation des principes de transparence et d'égalité devant la loi.

21. À la suite du refus du centre de traitement de faire droit à sa réclamation, VSA Vilnius a introduit un recours[11] devant le Šiaulių apygardos teismas (tribunal régional de Šiauliai, Lituanie) qui, par jugement du 18 janvier 2016, y a fait droit en substance. Cette décision a été confirmée par le Lietuvos apeliacinis teismas (Cour d'appel de Lituanie) par un arrêt du 5 avril 2016.

22. Le centre de traitement et le soumissionnaire B ont alors formé un pourvoi en cassation devant le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie), qui a décidé de saisir la Cour de justice de questions préjudicielles.

7 Selon la décision de renvoi (point 10 de la version française), la société mère détient respectivement 100 % et 98,12 % des parts des soumissionnaires A et B, dont les organes d'administration sont composés des mêmes personnes physiques.

8 Dans le cadre de son offre, le soumissionnaire B faisait appel à un sous-traitant également filiale de Ecoservice au conseil d'administration de laquelle figurent les mêmes personnes physiques que celles composant les conseils d'administration des soumissionnaires A et B.

9 Concrètement, pour non-respect de l'exigence d'utilisation, pour la prestation des services, de véhicules dont les moteurs sont, au minimum, conformes à la norme Euro 5.

10 Cependant, après que le tribunal de première instance a fait droit à la demande d'un soumissionnaire indépendant, le soumissionnaire A a interjeté appel de ce jugement.

11 Par son recours elle a fait valoir que les soumissionnaires A et B devaient être considérés comme des entreprises liées au sens de l'article 3, paragraphe 14, de la loi lituanienne sur la concurrence et que leurs offres devaient être considérées comme des variantes. Elle ajoutait que ces sociétés n'avaient pas participé à l'appel d'offres dans des conditions de concurrence réelle et qu'elles avaient concerté leur action. Étant donné que les conditions de l'appel d'offres interdisaient de présenter des variantes, les offres des soumissionnaires A et B devaient être rejetées.

III. Les questions préjudicielles

23. Les questions préjudicielles sont rédigées comme suit :

« 1) Les libertés de circulation des personnes et des services, prévues aux articles 45 et 56 TFUE, les principes d'égalité de traitement des opérateurs et de transparence, prévus à l'article 2 de la directive 2004/18 et le principe qui en découle de concurrence libre et loyale des opérateurs (pris conjointement ou séparément, sans cependant se limiter à ces dispositions) doivent-ils être compris et interprétés en ce sens que :

si des soumissionnaires liés, dont les liens économiques, de gestion, financiers ou autres permettent objectivement de douter de leur indépendance et de la protection de la confidentialité des informations ou sont susceptibles, le cas échéant, de leur procurer un avantage sur les autres soumissionnaires, ont décidé de présenter des offres distinctes (autonomes) dans le cadre du même appel d'offres, lesdits soumissionnaires liés doivent alors, en toute hypothèse et qu'une telle obligation soit prévue ou non par la réglementation nationale en matière de passation de marchés publics, déclarer leurs liens au pouvoir adjudicateur, même si celui-ci ne les interroge pas spécifiquement à ce sujet ?

2) Si la réponse à la première question :

a) est affirmative (c'est-à-dire que les soumissionnaires doivent en toute hypothèse déclarer leurs liens au pouvoir adjudicateur), la seule inexécution ou mauvaise exécution de cette obligation suffit-elle pour que le pouvoir adjudicateur constate ou que l'instance de recours (le juge) décide que les soumissionnaires liés qui ont présenté des offres distinctes dans le cadre du même appel d'offres n'entrent pas réellement en concurrence (concurrence fictive) ;

b) est négative (c'est-à-dire que les soumissionnaires n'ont d'autre obligation de déclarer leurs liens que celles que prévoient la législation ou les conditions de l'appel d'offres), le pouvoir adjudicateur supporte-t-il le risque de la participation de ces opérateurs liés et des effets qui en découlent, s'il ne prévoit pas lui-même cette obligation dans les conditions de l'appel d'offres ?

3) Indépendamment de la réponse à la première question et compte tenu de l'arrêt du 12 mars 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), les règles de droit indiquées à la première question et l'article 1er, paragraphe 1, troisième alinéa, ainsi que l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665/CEE (pris conjointement ou séparément, sans cependant se limiter à ces dispositions) doivent-ils être compris et interprétés en ce sens que :

a) si, pendant la procédure d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur prend connaissance, par un moyen quelconque, de liens pertinents entre plusieurs soumissionnaires, il doit, indépendamment de son appréciation de ce fait ou d'autres circonstances (par exemple la différence entre les offres dans la forme et sur le fond, l'engagement solennel pris par un soumissionnaire d'entrer loyalement en concurrence avec les autres, etc.), interroger spécifiquement les soumissionnaires liés et leur demander de préciser si et en quoi leur situation personnelle est compatible avec la concurrence libre et loyale des soumissionnaires ;

b) si une telle obligation incombe au pouvoir adjudicateur mais qu'il ne l'exécute pas, cela suffit pour que le juge constate qu'il a agi illégalement, sans garantir la transparence ni l'objectivité de la procédure, sans interroger la requérante ni statuer lui-même sur l'influence éventuelle de la situation personnelle des opérateurs liés sur les résultats de l'appel d'offres ?

4) Les règles de droit indiquées à la troisième question et l'article 101, paragraphe 1, TFUE (pris conjointement ou séparément, sans cependant se limiter à ces dispositions) eu égard aux arrêts du 12 mars 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), du 21 janvier 2016, Eturas e.a. (C-74/14, EU:C:2016:42) et du 21 juillet 2016, VM Remonts e.a. (C-542/14, EU:C:2016:578), doivent-ils être compris et interprétés en ce sens :

   a) lorsqu'un soumissionnaire (la requérante) a pris connaissance du rejet de l'offre la moins élevée présentée par l'un des soumissionnaires liés (le soumissionnaire A) et de l'attribution du marché à l'autre (le soumissionnaire B), eu égard aussi aux autres éléments relatifs à ces soumissionnaires et à leur participation à l'appel d'offres [la composition identique des organes d'administration des soumissionnaires A et B, leur société mère commune, qui n'a pas participé à l'appel d'offres, la circonstance que les soumissionnaires A et B n'ont pas déclaré leurs liens au pouvoir adjudicateur et n'ont pas présenté d'explications supplémentaires à cet égard, notamment car ils n'ont pas été interrogés à ce sujet, [la circonstance] que, dans son offre, le soumissionnaire A a présenté des données contradictoires relatives à la conformité des véhicules proposés (les bennes à ordures) à la norme Euro 5, que ce soumissionnaire, après avoir présenté l'offre la moins élevée, qui a été rejetée en raison des insuffisances qui y ont été constatées, dans un premier temps, n'a pas contesté cette décision du pouvoir adjudicateur et, dans un deuxième temps, a présenté contre la décision du juge de première instance un acte d'appel qui démontrait notamment que le rejet de son offre était légal, etc.], le pouvoir adjudicateur n'ayant entrepris aucune action au vu de ces éléments, l'instance de recours peut se fonder sur ces seuls éléments pour faire droit aux conclusions tendant à entendre déclarer illégal le comportement du pouvoir adjudicateur qui ne garantit pas la transparence et l'objectivité de la procédure, sans imposer en outre à la requérante de rapporter la preuve concrète du comportement déloyal des soumissionnaires A et B ;

   b) les seuls faits que le soumissionnaire B a présenté spontanément une déclaration attestant qu'il soumissionnait de manière loyale, que des normes de gestion de la qualité dans le cadre de la participation aux appels d'offres étaient mises en place par ce soumissionnaire et que la forme et le contenu des offres des soumissionnaires A et B n'étaient pas identiques sont insuffisants pour considérer que ces soumissionnaires ont démontré au pouvoir adjudicateur être entrés en concurrence réelle et loyale dans le cadre de l'appel d'offres ?

5) L'article 101 TFUE, tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour, peut-il en principe être appliqué à l'appréciation des actes d'opérateurs liés (qui ont la même société mère) participant séparément au même appel d'offres, dont la valeur atteint celle d'un appel d'offres international, le siège du pouvoir adjudicateur et le lieu de prestation des services étant situés à proximité d'un autre État membre (la République de Lettonie), compte tenu notamment de la déclaration de concurrence loyale présentée spontanément par l'un de ces soumissionnaires ? »

IV. La procédure devant la Cour et les conclusions des parties

24. Le renvoi préjudiciel a été enregistré au greffe de la Cour le 18 octobre 2016.

25. Le centre de traitement, VSA Vilnius, Ecoservice projektai UAB (antérieurement, le soumissionnaire B), les gouvernements lituanien et tchèque ainsi que la Commission européenne ont déposé des observations écrites. La tenue d'une audience n'a pas été jugée nécessaire.

26. Le centre de traitement ne propose pas de réponse concrète aux questions préjudicielles, mais se limite à dire qu'il avait connaissance des liens existant entre les soumissionnaires, ces derniers étant de notoriété publique et qu'à aucun moment il n'a été induit en erreur dans l'adoption de ses décisions.

27. Selon le centre de traitement, au-delà du lien entre les soumissionnaires, qui en soi n'implique pas l'absence de concurrence, il existait en l'espèce un certain nombre d'éléments objectifs qui lui ont permis de conclure que ces derniers étaient en concurrence les uns avec les autres.

28. En ce qui concerne la première question, toutes les parties, à l'exception de VSA Vilnius, proposent de répondre par la négative. Elles font valoir, en résumé, que ni le traité UE ni la directive 2004/18 n'interdisent à des entreprises liées de présenter des offres, pas plus qu'ils n'excluent qu'un soumissionnaire puisse présenter plusieurs offres. Selon elles, la législation de l'Union ne prévoit pas non plus de procédure afin que les opérateurs soient informés de l'identité des autres soumissionnaires, ce qui leur permettrait de vérifier l'existence d'éventuels liens entre eux et d'en informer le pouvoir adjudicateur. En ce qui concerne les principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination, ils ne sauraient être interprétés au sens où les soumissionnaires sont tenus de déclarer de leur propre initiative leurs liens réciproques, sans préjudice de la communication des informations que le pouvoir adjudicateur peut exiger d'eux.

29. VSA Vilnius, en revanche, propose de répondre par l'affirmative à la première question, ce qui l'amène à examiner la première des hypothèses avancées dans la deuxième question. Selon cette partie, il serait disproportionné que les soumissionnaires ne puissent renverser la présomption d'action concertée fondée sur le fait qu'ils n'ont pas déclaré les liens les unissant. Toutefois, leur passivité ou leur opacité à cet égard pourraient être interprétées, conjointement avec d'autres indices ou d'autres éléments de preuve supplémentaires, comme établissant l'existence d'un comportement non concurrentiel.

30. En ce qui concerne la deuxième hypothèse de la deuxième question, Ecoservice projektai et le gouvernement lituanien penchent en faveur d'une réponse affirmative, soulignant l'obligation qui incombe au pouvoir adjudicateur de veiller à ce que les principes énoncés à l'article 2 de la directive 2004/18 soient respectés de manière substantielle et non strictement formelle.

31. VSA Vilnius fait valoir que le pouvoir adjudicateur ne doit assumer le risque de la participation de soumissionnaires liés que si, connaissant par d'autres moyens l'existence d'un tel lien, il ne prend pas de mesures pour vérifier les circonstances dans lesquelles ces soumissionnaires participent à l'appel d'offres.

32. La Commission estime que si le pouvoir adjudicateur ne parvient pas à prouver qu'un soumissionnaire a commis une faute professionnelle grave, il ne peut empêcher ce soumissionnaire de participer à la procédure d'appel d'offres.

33. Les parties ont examiné les troisième, quatrième et cinquième questions prises conjointement.

34. Ecoservice projektai fait valoir que le pouvoir adjudicateur ne doit réclamer des informations aux soumissionnaires que s'il a des raisons de douter qu'ils participent à la procédure en se faisant concurrence, les circonstances visées à la quatrième question ne suffisant pas pour déclarer illégal le comportement du pouvoir adjudicateur. Selon cette partie, l'article 101 TFUE ne permet pas d'examiner les actes des soumissionnaires liés qui participent séparément à la procédure d'appel d'offres.

35. VSA Vilnius défend un point de vue en sens contraire. Elle soutient notamment que, selon la Cour, les pouvoirs adjudicateurs doivent jouer un rôle actif dans l'application des principes régissant la passation des marchés publics. Cette obligation implique de questionner les soumissionnaires liés sur la manière dont ils participent à la procédure, faute de quoi la charge de la preuve de leur comportement déloyal incomberait de manière injustifiée aux autres soumissionnaires. Selon elle, l'obligation de démontrer l'existence d'une concurrence réelle incombe aux soumissionnaires liés, sans préjudice de l'obligation du pouvoir adjudicateur de les obliger à dissiper tout doute quant à la nature de leur participation à la procédure.

36. Le gouvernement lituanien estime que le pouvoir adjudicateur est tenu de vérifier activement si la procédure se déroule de manière transparente et, dans le cas des soumissionnaires liés, de vérifier si leurs liens affectent le contenu de leurs offres respectives. En présence d'éléments objectifs pouvant mettre en doute la transparence de la procédure de passation du marché, le pouvoir adjudicateur doit analyser toutes les circonstances pertinentes et, le cas échéant, demander des informations aux parties.

37. Le gouvernement lituanien estime également que, faute pour lui d'adopter des mesures visant à assurer la transparence, le comportement du pouvoir adjudicateur serait illégal dans deux cas de figure : si, sachant ou pouvant savoir que deux soumissionnaires liés participaient à la procédure d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur n'a rien entrepris pour s'assurer du caractère autonome de leurs offres respectives et si, bien qu'il ait pris de telles mesures, il constate après coup que son action n'a pas été suffisante.

38. Enfin, le gouvernement lituanien fait valoir qu'il ressort des éléments factuels du litige au principal que les soumissionnaires liés constituent une « unité économique », de sorte que l'article 101 TFUE ne serait donc pas applicable.

39. Pour le gouvernement tchèque, la simple existence de liens entre soumissionnaires ne suffit pas à justifier leur exclusion de la procédure d'appel d'offres. L'élément déterminant est la question de savoir si les liens peuvent affecter le résultat de la procédure, ce qui obligerait le pouvoir adjudicateur à examiner la situation spécifique des soumissionnaires. La protection de la concurrence dans le cadre des marchés publics étant assurée par le droit dérivé, la référence à l'article 101 TFUE n'est pas nécessaire.

40. La Commission affirme que l'indication de leurs liens avec d'autres soumissionnaires ne figure pas parmi les informations que le pouvoir adjudicateur peut exiger des soumissionnaires en vertu de la directive 2004/18, mais que celui-ci est tenu de vérifier qu'il n'y a pas de motif de les exclure de la procédure d'appel d'offres. En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour invoquée par la juridiction de renvoi dans ses troisième et quatrième questions, la Commission estime qu'elle n'est pas pertinente pour répondre aux questions posées.

41. En ce qui concerne l'article 101 TFUE, la Commission maintient qu'il ne s'applique pas aux accords ou pratiques concertées entre une société mère et sa filiale, ou entre filiales du même groupe, ni à la société mère qui exerce une influence déterminante sur ses filiales. Dans les circonstances ayant donné lieu au litige au principal, sous réserve de la décision de la juridiction de renvoi, les soumissionnaires A et B constitueraient une unité économique, ce qui exclurait l'application de cette disposition.

V. Appréciation

42. Les questions posées par le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) peuvent être regroupées ainsi que je l'ai indiqué au début des présentes conclusions :

– d'une part (première et deuxième questions), il conviendra de déterminer si les soumissionnaires liés qui présentent des offres séparées sont tenus, en tout état de cause, d'en informer le pouvoir adjudicateur et, dans l'affirmative, les conséquences qui en découleraient s'ils ne le font pas ;

– d'autre part (troisième, quatrième et cinquième questions), il conviendra de préciser comment doit se comporter le pouvoir adjudicateur – et éventuellement la juridiction amenée à contrôler ses actes – s'il a connaissance de l'existence de liens significatifs entre certains soumissionnaires.

A. Sur l'obligation pour les soumissionnaires de déclarer au pouvoir adjudicateur leurs liens avec d'autres soumissionnaires (première et deuxième questions)

43. La juridiction de renvoi souhaite savoir, en premier lieu, si les soumissionnaires liés qui participent à une procédure de passation de marché public « doivent alors, en toute hypothèse et qu'une telle obligation soit prévue ou non par la réglementation nationale en matière de passation de marchés publics, déclarer leurs liens au pouvoir adjudicateur, même si celui-ci ne les interroge pas spécifiquement à ce sujet» [12].

44. Naturellement, le présupposé implicite dans la question – et, d'une manière générale, dans les observations des parties – est qu'il ne peut évidemment pas être simplement interdit aux soumissionnaires liés de présenter leurs propres offres dans le cadre d'une telle procédure. La Cour s'est prononcée en ce sens dans l'arrêt Assitur [13], sans que ce point ait été débatu.

45. Sur la base de cette prémisse, l'obligation de déclarer ces liens ne figure pas dans la directive 2004/18 (ni dans la loi lituanienne sur les marchés publics), ce que s'accordent à reconnaître toutes les parties.

46. Seule VSA Vilnius défend l'idée selon laquelle cette obligation s'imposerait, de manière indirecte ou implicite, par la nécessité de renverser la présomption selon laquelle les liens entre soumissionnaires, en raison du manque d'autonomie auquel ils donnent lieu, peuvent menacer la transparence des procédures de passation de marchés publics et fausser la concurrence.

47. L'argumentation de VSA Vilnius se heurte cependant d'emblée à un obstacle sérieux, dans la mesure où la Cour de justice a jugé, précisément, que « les principes de transparence et d'égalité de traitement qui régissent toutes les procédures de passation de marchés publics exigent que les conditions de fond et de procédure concernant la participation à un marché soient clairement définies au préalable et rendues publiques, en particulier les obligations pesant sur les soumissionnaires, afin que ceux-ci puissent connaître exactement les contraintes de la procédure et être assurés du fait que les mêmes exigences valent pour tous les concurrents» [14].

48. Un impératif (l'obligation supposée de déclarer les liens existant entre des entreprises) qui n'apparaît pas dans le cahier des charges, et qui n'est prévu ni dans le droit national ni dans la directive 2004/18 ne satisferait donc pas à l'exigence de transparence à laquelle fait référence la Cour. La réponse à la première question préjudicielle devrait donc être que, en l'absence de disposition normative expresse (du droit de l'Union ou du droit national), les soumissionnaires liés ne sont pas tenus de déclarer au pouvoir adjudicateur les liens existant entre eux.

49. Est-il possible de soutenir, dans la ligne défendue par VSA Vilnius [15] que cette obligation, même si elle n'est pas explicite, découle de la jurisprudence de la Cour en matière de marchés publics ?

12 Première question, deuxième paragraphe, in fine.

13 Arrêt du 19 mai 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, point 28) : « il serait contraire à une application efficace du droit communautaire d'exclure systématiquement les entreprises liées entre elles du droit de participer à une même procédure de passation de marché public. Une telle solution réduirait en effet considérablement la concurrence au niveau communautaire ».

14 Arrêt du 2 juin 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, point 37).

15 Point 18 de ses observations écrites.

50. Je ne le crois pas, dans la mesure où cette jurisprudence a reconnu que les entreprises appartenant à des groupes de sociétés peuvent jouir « d'une certaine autonomie dans la conduite de leur politique commerciale et de leurs activités économiques, notamment dans le domaine de la participation à des adjudications publiques » et être « régi[e]s par des dispositions particulières, par exemple d'ordre contractuel, susceptibles de garantir tant l'indépendance que la confidentialité lors de l'élaboration d'offres qui seraient simultanément déposées […] dans le cadre d'un même appel d'offres.» [16].

51. Il ressort donc de ces affirmations, à mon sens, qu'en l'absence d'une règle expresse les y contraignant, lorsque les entreprises liées considèrent que leurs offres sont autonomes, elles n'ont pas nécessairement à informer le pouvoir adjudicateur des liens d'entreprise existant entre elles.

52. En outre, si – pour les besoins de la discussion – on admettait l'approche retenue par VSA Vilnius, l'obligation ne serait pas liée à l'inclusion dans le cahier des charges de l'appel d'offres d'une « condition clairement définie », comme l'exige la Cour. Il s'agirait, dans ce cas, d'une obligation découlant plus ou moins de l'interprétation du droit de l'Union et, par conséquent, d'une obligation que nul opérateur économique n'est censé connaître [17].

53. Le problème pourrait peut-être être abordé sous un autre angle, en relevant que la documentation de l'appel d'offres interdisait en l'espèce de manière spécifique [18] le dépôt d'offres alternatives ou de « variantes » par le même soumissionnaire [19].

54. Pourrait-on déduire de cette interdiction que les soumissionnaires A et B devaient déclarer au pouvoir adjudicateur les liens existant entre eux ? De plus, devaient-ils prouver que, malgré leurs liens, leurs deux offres étaient autonomes et ne pouvaient pas être considérées comme étant des offres alternatives [20] ?

55. En réalité, cette clause du cahier des charges est conforme à l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/18, qui s'applique aux marchés publics de services, et selon lequel « les pouvoirs adjudicateurs indiquent dans l'avis de marché s'ils autorisent ou non les variantes ; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas autorisées» [21]. Les offres alternatives ou variantes doivent donc être considérées comme exclues, par principe [22], à moins qu'elles ne soient admises par le pouvoir adjudicateur dans certains marchés.

56. J'ai toutefois du mal à accepter que l'interdiction du dépôt de variantes, qu'elle soit contenue ou non dans le cahier des charges (comme ce fut le cas en l'espèce), implique une obligation implicite pour les soumissionnaires liés de déclarer les liens d'entreprise existant entre eux au pouvoir adjudicateur.

16 Arrêt du 19 mai 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, point 31).

17 La Cour s'est référée au critère du soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent, par exemple dans l'arrêt du 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom (C-448/01, EU:C:2003:651, point 57).

18 Voir le point 14 des présentes conclusions. La juridiction de renvoi fait allusion à cette interdiction au point 18 de la décision de renvoi (dans la version française de ce document).

19 Sur les offres alternatives ou variantes, voir notamment Arrowsmith, S. : *The Law of Public Utilities Procurement*, vol. 1, Sweet & Maxwell, Londres, 3e éd., 2014, 7-246 à 7-251.

20 Comme le soutient Sánchez Graells, A., dans *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart, Oxford, 2e éd., 2015, p. 341, la règle de base en la matière serait l'interdiction des propositions multiples par une seule entité. Une telle règle aurait pour corollaire que cette interdiction s'étendrait aux entités appartenant au même groupe.

21 Selon le paragraphe 1 du même article, des variantes ne peuvent être présentées que si le critère d'attribution du marché est celui de l'offre économiquement la plus avantageuse.

22 Voir Arrowsmith, S. : *The Law of Public Utilities Procurement*, cit. 7-247.

57. Une telle interdiction obligerait tout au plus les soumissionnaires liés à déclarer que leur offre n'est pas une simple variante ou une offre alternative à celle d'un autre concurrent. Il ne s'agirait donc pas de se conformer à l'obligation générale de déclarer leur condition d'entreprises liées, puisque le droit de l'Union ne prévoit pas une telle obligation. La directive 2004/18 n'empêche pas, par principe, les opérateurs économiques liés de participer à une même procédure de passation de marchés publics, mais seulement lorsque « il [existe un] risque réel de survenance de pratiques susceptibles de menacer la transparence et de fausser la concurrence entre les soumissionnaires» [23].

58. À suivre ce raisonnement, la clause d'interdiction des variantes figurant dans le cahier des charges entraînerait, dans ces seuls cas extrêmes, la nécessité pour les soumissionnaires d'informer le pouvoir adjudicateur des liens existant entre eux, afin d'écarter ce risque.

59. Il est vrai cependant que cette interprétation de la directive 2004/18 n'aurait que peu de conséquences pratiques pour la solution du litige, et ce pour deux raisons.

60. Premièrement, dans la déclaration sur l'honneur qu'il a présentée spontanément, le soumissionnaire B a assuré participer à l'appel d'offres de manière autonome et indépendamment de tout autre opérateur économique qui pourrait lui être lié, et demandé au centre de traitement de considérer tous les autres soumissionnaires comme des concurrents. Le fait que, dans cette déclaration, il n'a pas fait expressément référence au soumissionnaire A est indifférent, pour ce qui importe en l'espèce, puisque, selon le centre de traitement [24], le lien entre les deux sociétés était (notoirement) connu du public. L'important, à mon avis, est que l'on peut considérer qu'en soulignant le caractère autonome de son offre, le soumissionnaire B s'employait à se conformer à la clause du cahier des charges de l'appel d'offres qui interdisait la soumission d'offres avec variantes.

61. Deuxièmement, la déclaration au centre de traitement viserait à lui faire prendre conscience des liens d'entreprise existant entre les soumissionnaires, afin de lui permettre d'examiner avec plus d'attention leurs offres et de détecter d'éventuels comportements concertés. Si, comme je l'ai déjà dit, le centre de traitement lui-même admet que, dans le cas présent, il a eu connaissance de ces liens, en raison de leur caractère notoire, et qu'il a estimé sans difficulté qu'avec leurs offres (différentes quant à leur contenu), les deux opérateurs étaient réellement en concurrence [25], la déclaration s'avère superflue.

62. Au-delà de ces circonstances spécifiques, qui sont étroitement liées aux faits, il me semble que, pour ce qui nous intéresse ici, cette interprétation de la directive 2004/18 serait quelque peu alambiquée, dans la mesure où elle ne satisferait pas à l'exigence de la jurisprudence de la Cour selon laquelle les conditions de fond et de procédure concernant la participation à une procédure de passation de marché public doivent être clairement définies [26].

63. C'est pourquoi je propose, en réponse à la première question préjudicielle, de considérer que les articles 45 TFUE et 56 TFUE ainsi que l'article 2 de la directive 2004/18 doivent être interprétés en ce sens que, en l'absence de règle expresse ou de disposition spécifique dans les clauses régissant la procédure d'appel d'offres, les soumissionnaires liés soumettant des offres séparées ne sont pas tenus de déclarer leurs liens au pouvoir adjudicateur.

64. En ce qui concerne la deuxième question, la réponse découle de la réponse à la première. Dans la même hypothèse (en l'absence de disposition expresse ou de disposition spécifique dans les clauses régissant la procédure d'appel d'offres), c'est le pouvoir adjudicateur lui-même qui, comme l'affirme la juridiction de renvoi, « supporte le risque de la participation de ces opérateurs liés et des effets qui en découlent ».

23 Arrêt du 19 mai 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, point 30).

24 Paragraphe 2 de ses observations écrites.

25 Paragraphe 4 de ses observations écrites.

26 Je me réfère à nouveau à l'arrêt du 2 juin 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, point 37).

65. Je ne dirais toutefois pas que le pouvoir adjudicateur supporte le risque, mais qu'il est tenu de veiller à ce que les soumissionnaires soient traités sur un pied d'égalité et à ce que la procédure soit transparente. Dans l'accomplissement de cette obligation, il doit empêcher que la participation de soumissionnaires liés ne porte préjudice à autrui, en faussant l'obligation de concurrence entre tous les soumissionnaires. Ce qui, comme il l'indique lui-même, a bien été le cas dans cette affaire.

B. Sur les obligations du pouvoir adjudicateur en présence de liens entre soumissionnaires (troisième, quatrième et cinquième questions)

66. Je rejoins la Commission pour dire que les troisième, quatrième et cinquième questions peuvent recevoir une réponse commune, même si la reformulation que je propose ne coïncide pas exactement avec la sienne [27].

67. Selon moi, la juridiction de renvoi cherche à savoir si, dans des circonstances telles que celles du litige au principal, le pouvoir adjudicateur est tenu de demander aux soumissionnaires liés de prouver que leur situation n'est pas contraire au principe de concurrence. La question se pose également de savoir si l'inactivité du pouvoir adjudicateur serait suffisante pour que son comportement dans la procédure puisse être déclaré illégal.

68. Comme je l'ai déjà rappelé, il n'est pas contesté que non seulement les soumissionnaires A et B étaient des opérateurs juridiques liés, mais aussi que, pour le centre de traitement, ce lien était de notoriété publique (ce qui explique pourquoi il n'a pas jugé nécessaire de leur demander de faire une déclaration à ce sujet).

69. En outre, il semblerait que les deux soumissionnaires, A et B, forment une unité économique parce qu'ils sont filiales d'une même société mère, dans des circonstances qui permettent de supposer que cette dernière exerce une influence déterminante sur elles deux [28]. Si tel est le cas, cela suffit, comme l'ont fait observer la plupart des parties, pour en conclure que l'article 101 TFUE n'est pas applicable en l'espèce.

70. On sait bien, en effet que, conformément à la jurisprudence de la Cour, cet article ne s'applique pas lorsque les accords ou pratiques qu'il proscrit sont mis en œuvre par des entreprises formant une unité économique [29].

71. La concurrence que l'on cherche à protéger dans le cadre des procédures d'appel d'offres n'est pas tant la concurrence (générale) sur le marché intérieur entre opérateurs économiques indépendants que la concurrence (plus spécifique) qui doit régner dans les procédures de passation des marchés publics [30]. Dans cette dernière perspective, ce qui importe vraiment, c'est l'autonomie et la disparité réelle de chacune des offres (qui permettront au pouvoir adjudicateur de choisir plus facilement celle

27 La Commission recommande de reformuler les trois questions au sens où « la juridiction nationale tente de déterminer si l'article 101 TFUE s'applique dans cette affaire et si l'article 101 TFUE (en cas d'application), les dispositions des directives 89/665/CE et 2004/18/CE et la jurisprudence, notamment les arrêts eVigilo, Eturas et VM Remonts devraient être interprétés comme signifiant que le pouvoir adjudicateur devait continuer à étudier l'existence de liens entre deux soumissionnaires de l'appel d'offres dans le cas de l'affaire examinée par la juridiction nationale » (point 42 des observations écrites de la Commission).

28 Voir, notamment, arrêt du 16 juin 2016, Evonik Degussa et AlzChem/Commission (C-155/14 P, EU:C:2016:446, point 28).

29 Voir, en ce sens, arrêts du 4 mai 1988, Bodson (30/87, EU:C:1988:225, point 19), et du 11 avril 1989, Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro (66/86, EU:C:1989:140, point 35).

30 Naturellement, il peut exister des comportements collusoires entre des entreprises indépendantes qui sont susceptibles de fausser la concurrence dans les procédures de passation des marchés publics, ces entreprises se concertant pour ne pas participer à une procédure d'appel d'offres ou pour y participer à des conditions illicites convenues entre elles.

qui est la plus favorable à l'intérêt public), que les opérateurs économiques concernés soient indépendants ou qu'ils aient des liens entre eux. C'est pourquoi, comme le souligne le gouvernement tchèque [31], la protection de la concurrence dans les procédures d'appel d'offres doit être recherchée avant tout dans le droit dérivé, en l'occurrence dans la directive 2004/18 [32].

72. L'inapplicabilité de l'article 101 TFUE à la présente affaire ne signifie toutefois pas que la jurisprudence invoquée par la juridiction de renvoi dans ses troisième et quatrième questions préjudicielles soit dénuée de pertinence.

73. En effet, même si l'arrêt rendu dans l'affaire eVigilo [33] concernait un conflit d'intérêts entre le pouvoir adjudicateur et les experts qui avaient évalué les offres soumises, la Cour a procédé dans cet arrêt à une affirmation de principe qui peut être appliquée à la présente espèce. Elle a ainsi déclaré qu'en présence d'éléments objectifs mettant en doute l'impartialité d'un expert du pouvoir adjudicateur, « il incombe à ce pouvoir adjudicateur d'examiner toutes les circonstances pertinentes ayant conduit à l'adoption de la décision relative à l'attribution du marché afin de prévenir, de détecter les conflits d'intérêts et d'y remédier, y compris, le cas échéant, en demandant aux parties de fournir certaines informations et éléments de preuve» [34].

74. Cette obligation, rappelle la Cour, est une conséquence du « rôle actif » conféré au pouvoir adjudicateur dans l'application des principes de passation des marchés publics, en raison précisément du devoir qui lui incombe d'assurer l'égalité de traitement et la transparence, comme l'exige l'article 2 de la directive 2004/18 [35]. Ce devoir – comme le confirme la Cour – « correspon[d] à l'essence même des directives relatives aux procédures de passation des marchés publics (voir arrêt Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, point 45)» [36].

75. En ce qui concerne les arrêts Eturas e.a. [37], et VM Remonts e.a. [38], ceux-ci concernent, comme le souligne la Commission [39], un cas de concertation sur les prix entre des entreprises indépendantes, et la responsabilité d'un soumissionnaire au titre des actes d'un fournisseur de services indépendant. Néanmoins, certaines considérations contenues dans ces arrêts et relatives à la preuve des comportements collusoires peuvent être utiles en l'espèce.

76. Ainsi, par exemple, la Cour écrit dans le premier arrêt que « le principe d'effectivité exige que la preuve d'une violation du droit de la concurrence de l'Union puisse être apportée non seulement par des preuves directes, mais également moyennant des indices, pourvu que ceux-ci soient objectifs et concordants» [40]. Elle ajoute, dans le second arrêt que, en l'absence de règles de l'Union en la matière, « les règles relatives à l'appréciation des preuves et au niveau de preuve requis […] relèvent, […] en principe, de l'autonomie procédurale des États membres» [41].

31 Voir le point 10 de ses observations écrites.

32 Directive qui, comme je l'ai déjà indiqué, n'interdit pas, par principe, la participation de soumissionnaires liés.

33 Arrêt du 12 mars 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166).

34 Arrêt du 12 mars 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, point 44).

35 Arrêt du 12 mars 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, point 42).

36 Arrêt du 12 mars 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, point 43).

37 Arrêt du 21 janvier 2016, Eturas e.a. (C-74/14, EU:C:2016:42).

38 Arrêt du 21 juillet 2016, VM Remonts e.a. (C-542/14, EU:C:2016:578).

39 Points 46 et 47 de ses observations écrites

40 Arrêt du 21 janvier 2016, Eturas e.a. (C-74/14, EU:C:2016:42, point 37).

41 Arrêt du 21 juillet 2016, VM Remonts e.a. (C-542/14, EU:C:2016:578, point 21).

77. Si l'on transpose ces raisonnements aux faits de l'espèce au principal, lorsque le pouvoir adjudicateur constate que des opérateurs liés participent à la procédure d'appel d'offres, le « rôle actif » que l'on attend de lui en tant que garant d'une concurrence effective entre soumissionnaires devrait normalement l'amener à s'assurer du caractère autonome de leurs offres [42].

78. Ce rôle préventif ne serait, en somme que l'une des mesures visant à « examiner toutes les circonstances pertinentes […] afin de prévenir, de détecter les conflits d'intérêts et d'y remédier, y compris, le cas échéant, en demandant aux parties de fournir certaines informations et éléments de preuve» [43].

79. Le pouvoir adjudicateur pourra toutefois se passer, dans des cas comme celui de l'espèce, de s'adresser aux soumissionnaires liés pour que ceux-ci, pour reprendre les termes de la juridiction de renvoi, lui précisent « si et en quoi leur situation personnelle est compatible avec la concurrence libre et loyale des soumissionnaires ». Demander « le cas échéant […] aux parties de fournir certaines informations et éléments de preuve » pourra évidemment être pertinent si les informations et les éléments de preuve dont dispose le pouvoir adjudicateur ne sont pas suffisants pour lui permettre de porter un jugement sur le risque que les offres soient dépourvues d'autonomie et faussent la concurrence.

80. Ce qui importe n'est donc pas tant que le pouvoir adjudicateur s'adresse aux soumissionnaires liés pour leur demander de lui fournir des informations sur les liens qui les unissent et qu'il leur demande leur avis quant à la préservation du principe de la concurrence entre soumissionnaires. L'élément déterminant est plutôt que le pouvoir adjudicateur soit en mesure d'exclure que la présence simultanée de ces opérateurs liés entraîne un risque pour la concurrence. Le pouvoir adjudicateur peut, bien entendu, parvenir à cette conclusion en leur demandant par exemple de lui fournir ces informations ou cet avis, mais il peut également le faire en se référant aux informations déjà disponibles dans le cadre de la procédure d'appel d'offres et sans avoir nécessairement à s'adresser aux soumissionnaires.

81. Il ressort également de la jurisprudence de la Cour que « la question de savoir si le rapport de contrôle en cause a exercé une influence sur le contenu respectif des offres déposées par les entreprises concernées dans le cadre d'une même procédure d'adjudication publique exige un examen et une appréciation des faits qu'il appartient aux pouvoirs adjudicateurs d'effectuer» [44].

82. Or, selon ce qu'a indiqué le centre de traitement dans ses observations écrites, l'examen et l'appréciation des faits qu'il a effectués l'ont conduit à estimer que, les liens entre les soumissionnaires A et B étant de notoriété publique, il a été en mesure d'exclure que leurs offres respectives n'entrent pas en concurrence, et ce sur la base d'un certain nombre d'éléments objectifs, à savoir :

– le fait que l'un des soumissionnaires liés a spontanément déclaré que son offre était indépendante traduisait un « comportement loyal et conforme aux dispositions » de la législation nationale ;

– les offres des soumissionnaires liés différaient non seulement par la forme, mais aussi par leur contenu ;

42 La diversité des offres tendra à accroître la pression concurrentielle entre les soumissionnaires, de sorte que chacune d'entre elles sera véritablement « contestable » (pour reprendre une expression spécifique au droit de la concurrence) par les autres et que le marché sera attribué au soumissionnaire ayant justifié qu'il en est digne par ses propres mérites.

43 Arrêt du 12 mars 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, point 44).

44 Arrêt du 19 mai 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, point 32).

– l'offre du soumissionnaire A a été rejetée « de manière absolument indépendante de sa volonté, c'est-à-dire à l'initiative du pouvoir adjudicateur» [45].

83. Sur la base des informations en sa possession, le centre de traitement a considéré qu'il n'existait aucun risque de distorsion de concurrence entre les soumissionnaires A et B. Il a ajouté que, s'il s'était aperçu que ceux-ci « se comportaient d'une manière qui montre qu'ils ne veulent pas obtenir l'adjudication du marché », cela aurait pu « constituer une indication incitant le pouvoir adjudicateur à agir pour enquêter sur leurs liens et apprécier leur comportement pendant la procédure d'appel d'offres comme constituant éventuellement une pratique concertée» [46].

84. Il est toujours possible de se demander si les informations détenues par le centre de traitement étaient suffisantes pour écarter le risque éventuel d'atteinte à la concurrence entre les soumissionnaires, mais il s'agit là d'une appréciation incombant en tout état de cause à lui seul, sous le contrôle ultérieur du juge national susceptible d'avoir à se prononcer, le cas échéant, sur ses décisions.

85. À mon avis, la Cour ne devrait pas se prononcer sur la question de la force probatoire qu'il convient d'attacher aux indices énumérés par la juridiction de renvoi aux points a) et b) de sa quatrième question. Il s'agit en effet d'un jugement sur les circonstances de fait et sur l'appréciation des éléments de conviction disponibles dans le cadre d'une procédure qu'il appartient exclusivement à la juridiction de renvoi d'opérer selon les règles de la saine critique et en appliquant ses règles internes en matière de preuve [47].

86. Pour en revenir donc à la question de savoir si le pouvoir adjudicateur est impérativement tenu de s'adresser aux opérateurs liés de la manière décrite ci-dessus, je considère qu'elle appelle une réponse négative, tant en termes généraux que dans ce cas particulier. Tout dépendra du caractère suffisant ou non des éléments de preuve disponibles et, par conséquent, du bien-fondé objectif de la décision du pouvoir adjudicateur, qui doit permettre aux soumissionnaires liés de participer à la procédure d'appel d'offres, et sur laquelle la juridiction devra statuer en dernier ressort.

VI. Conclusion

87. Eu égard aux observations qui précèdent, je propose à la Cour de justice de répondre au Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) de la manière suivante :

Les articles 45 TFUE et 56 TFUE ainsi que l'article 2 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doivent être interprétés en ce sens que, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal :

1) en l'absence de disposition normative expresse ou de disposition spécifique dans le cahier des charges régissant les conditions de passation d'un marché de services, les soumissionnaires liés soumettant des offres séparées dans une même procédure ne sont pas nécessairement tenus de déclarer leurs liens au pouvoir adjudicateur ;

45 Paragraphe 4 des observations écrites du centre de traitement.

46 Paragraphe 6 des observations écrites du centre de traitement. Au même paragraphe, cette partie ajoute que les pratiques concertées sont possibles non seulement entre des opérateurs liés, mais aussi entre des parties qui sont formellement en concurrence et concluent des accords prohibés au sens du droit de la concurrence.

47 Je renvoie à l'arrêt du 21 juillet 2016, VM Remonts e.a. (C-542/14, EU:C:2016:578), dont un extrait est reproduit au point 76.

2) le pouvoir adjudicateur est tenu d'exiger de ces soumissionnaires qu'ils fournissent les informations qu'il juge nécessaires si, à la lumière des éléments d'appréciation établis dans ladite procédure, il nourrit des doutes quant à l'existence d'un risque que leur participation simultanée nuise à la transparence et fausse la concurrence entre ceux qui aspirent à fournir le service.