Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZA-BORDONY
przedstawiona w dniu 22 listopada 2017 r.[1]

Sprawa C-531/16

Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras,
„Ecoservice projektai" UAB, dawniej „Specializuotas transportas" UAB,
przy udziale:
„VSA Vilnius" UAB,
„Švarinta" UAB,
„Specialus autotransportas" UAB,
„Ecoservice" UAB

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sąd najwyższy, Litwa)]

Odesłanie prejudycjalne – Dyrektywa 2004/18 – Procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi – Równość traktowania – Przejrzystość – Skuteczna konkurencja między oferentami – Powiązania między oferentami składającymi niezależne oferty w tym samym postępowaniu – Obowiązek poinformowania przez powiązanych oferentów – Obowiązki instytucji zamawiającej i sądu krajowego

1. Gdy dwóch lub więcej niż dwóch oferentów mających określone powiązania składa oferty w postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, może powstać podejrzenie, że działają oni w sposób skoordynowany (lub wręcz w zmowie), ze szkodą dla przejrzystości i innych norm lub zasad prawa Unii, którym podlegają te postępowania.

2. W taki kontekst wpisują się pytania prejudycjalne przedłożone przez Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sąd najwyższy, Litwa) w związku z tym, że dwie spółki zależne od trzeciej spółki ubiegały się między innymi o zamówienie na zbieranie i transport odpadów w jednej z gmin w tym kraju.

3. W swoich pytaniach sąd odsyłający dąży ostatecznie do ustalenia, czy owi oferenci mają obowiązek, nawet w braku konkretnego przepisu prawnego, poinformować instytucję zamawiającą o łączących ich stosunkach i do ustalenia tego jak ta instytucja zamawiająca powinna postąpić, gdy stwierdzi istnienie takich stosunków.

4. Odesłanie prejudycjalne daje więc Trybunałowi sposobność uzupełnienia jego orzecznictwa na temat zasad równego traktowania i przejrzystości w postępowaniach podlegających dyrektywie 2004/18/WE[2], w sytuacji gdy ich uczestnicy należą do tej samej grupy przedsiębiorstw.

1 Język oryginału: hiszpański.

2 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114).

I. Ramy prawne

A. Prawo Unii

1. Dyrektywa 2004/18

5. Motyw 46 dyrektywy brzmi następująco:

„Zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów, zapewniających zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarantujących, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji […]”.

6. Artykuł 2 dyrektywy stanowi:

„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty”.

7. Zgodnie z art. 45 ust. 2 dyrektywy:

„Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który:

a) jest w stanie upadłości lub likwidacji, którego działalność jest objęta zarządem sądowym, zawarł umowę z wierzycielami, zawiesił działalność gospodarczą albo znajduje się w analogicznej sytuacji, wynikającej z podobnej procedury zgodnej z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;

b) jest przedmiotem postępowania o ogłoszenie upadłości, o wydanie nakazu przymusowej likwidacji, o ustanowienie zarządu sądowego, postępowania układowego z wierzycielami lub innego podobnego postępowania zgodnego z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;

c) został skazany prawomocnym wyrokiem, zgodnie z krajowymi przepisami, za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową;

d) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające;

e) nie wypełnił zobowiązań dotyczących opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;

f) nie wypełnił zobowiązań dotyczących płatności podatków zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;

g) jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy”.

2. Dyrektywa 89/665/EWG[3]

8. Artykuł 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy stanowi:

„Państwa członkowskie przedsiębiorą niezbędne środki, aby zapewnić – w odniesieniu do zamówień objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2004/18/WE – możliwość skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające, zgodnie z warunkami określonymi w art. 2–2f niniejszej dyrektywy, z powodu naruszenia przez te decyzje prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo".

9. Artykuł 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy stanowi:

„1. Państwa członkowskie zapewniają wprowadzenie do procedur odwoławczych określonych w art. 1 odpowiednich środków obejmujących prawo do:

[…]

b) uchylenia lub doprowadzenia do uchylenia bezprawnych decyzji, w tym usunięcia dyskryminujących specyfikacji technicznych, ekonomicznych lub finansowych zawartych w zaproszeniu do składania ofert, dokumentacji zamówienia lub we wszelkich innych dokumentach związanych z procedurą udzielania zamówienia".

B. Prawo krajowe

1. Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (ustawa Republiki Litewskiej o zamówieniach publicznych)[4]

10. Artykuł 3 ust. 1 ustawy Republiki Litewskiej o zamówieniach publicznych stanowi:

„Instytucja zamawiająca zapewnia, by postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz udzielanie zamówień publicznych przebiegały z poszanowaniem zasad równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania, proporcjonalności i przejrzystości".

3 Dyrektywa Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. 1989, L 395, s. 33), zmieniona dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającą dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.U. 2007, L 335, s. 31).

4 Ustawa z dnia 13 sierpnia 1996 r. (Žin. 1996, nr 84-2000).

2. Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas (ustawa Republiki Litewskiej o konkurencji) [5]

11. Artykuł 3 ust. 14 ustawy Republiki Litewskiej o konkurencji stanowi:

„»Grupa powiązanych podmiotów gospodarczych« [oznacza] dwa lub więcej niż dwa podmioty gospodarcze, co do których, w zakresie, w jakim sprawują nad sobą wzajemną kontrolę lub posiadają wzajemne udziały i są w stanie działać w uzgodniony sposób, uznaje się, że tworzą tylko jeden podmiot gospodarczy do celów obliczenia przychodu brutto i udziału w rynku. O ile nie zostanie wykazane, że jest inaczej, uznaje się, że grupę powiązanych podmiotów gospodarczych tworzą dany podmiot gospodarczy i:

[…]

2) podmioty gospodarcze zarządzane wspólnie z nim lub posiadające wspólną z nim obsługę administracyjną i których rada nadzorcza, zarząd lub inny organ zarządzający lub nadzorczy składa się co najmniej w połowie z tych samych członków co u danego podmiotu gospodarczego;

3) podmioty gospodarcze, w których dany podmiot gospodarczy ma co najmniej jedną trzecią kapitału lub jedną trzecią głosów lub które mają obowiązek uzgadniać z nim swoje decyzje gospodarcze, są przed nim odpowiedzialne za wykonanie zobowiązań wobec osób trzecich, są zobowiązane do przekazywania mu całości lub części swoich zysków lub upoważniły go do dysponowania co najmniej jedną trzecią swoich aktywów;

[…]”.

12. Artykuł 5 ust. 1 ustawy Republiki Litewskiej o konkurencji stanowi:

„1. Zabronione i nieważne od chwili zawarcia są porozumienia mające na celu ograniczenie konkurencji lub porozumienia ograniczające konkurencję lub mogące ją ograniczać, w szczególności:

1) porozumienia pośrednio lub bezpośrednio ustalające ceny określonych towarów lub inne warunki zakupu lub sprzedaży;

[…]”.

II. Stan faktyczny

13. W dniu 9 lipca 2015 r. Viešoji įstaiga Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras (centrum gospodarki odpadami dla regionu Szawle, Litwa, zwane dalej „centrum gospodarki odpadami”) ogłosiło przetarg na świadczenie usług zbiórki i transportu odpadów dla miasta Szawle.

14. Zgodnie z informacjami zawartymi w postanowieniu odsyłającym ogłoszenie o zamówieniu nie dopuszczało składania ofert wariantowych [6].

15. Oferty złożyło czterech oferentów:

A) Specialus autotransportas UAB (zwany dalej „oferentem A”).

B) Specializuotas transportas UAB (zwany dalej „oferentem B”).

5 Ustawa z dnia 23 marca 1999 r. (Žin. 1999, nr 30-856).

6 W uwagach na piśmie oferenta B (pkt 34) przytoczono klauzulę 39 specyfikacji warunków zamówienia, zawierającą ten zakaz.

C) Ekonovus UAB.

D) ugrupowanie handlowe VSA Vilnius UAB (zwane dalej „VSA Vilnius") i Švarinta UAB.

16. Oferenci A i B są spółkami zależnymi spółki Ecoservice UAB (zwanej dalej „Ecoservice")[7].

17. Oferent dołączył B do swojej oferty[8] z własnej inicjatywy oświadczenie wskazujące, że uczestniczy on w przetargu samodzielnie i niezależnie od jakichkolwiek innych podmiotów gospodarczych, które mogą być z nim powiązane, i zwrócił się do centrum gospodarki odpadami o to, by traktowało wszystkich pozostałych oferentów jako konkurencję. Ponadto oświadczył, że zobowiązuje się dostarczyć na żądanie wykaz powiązanych z nim podmiotów gospodarczych.

18. Centrum gospodarki odpadami odrzuciło ofertę oferenta A z powodu niespełnienia jednego z warunków specyfikacji[9], przeciwko czemu nie złożył on odwołania[10].

19. Zamówienia udzielono ostatecznie oferentowi B.

20. VSA Vilnius złożyła odwołanie, podnosząc, że oferty złożone przez oferentów A i B nie zostały poddane odpowiedniej ocenie oraz że doszło do naruszenia zasad przejrzystości i równości wobec prawa.

21. Odwołanie zostało oddalone, w następstwie czego VSA Vilnius wniosła skargę[11], która została w istotnym zakresie uwzględniona przez Šiaulių apygardos teismas (sąd okręgowy w Szawle, Litwa) wyrokiem z dnia 18 stycznia 2016 r., utrzymanym w mocy przez Lietuvos apeliacinis teismas (sąd apelacyjny, Litwa) postanowieniem z dnia 5 kwietnia 2016 r.

22. Centrum gospodarki odpadami i oferent B wniosły kasację do Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sądu najwyższego, Litwa), który wystąpił z następującymi pytaniami prejudycjalnymi.

III. Pytania prejudycjalne

23. Pytania prejudycjalne mają następujące brzmienie:

„1) Czy zasady swobodnego przepływu osób i usług ustanowione, odpowiednio, w art. 45 i 56 TFUE, zasady równego traktowania oferentów i przejrzystości ustanowione w art. 2 dyrektywy 2004/18, a także wynikającą z nich zasadę wolnej i uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami (rozpatrywane łącznie lub odrębnie, lecz bez ograniczenia do tych przepisów) należy rozumieć i interpretować w ten sposób, że:

jeżeli oferenci powiązani, których powiązania gospodarcze, zarządcze, finansowe lub inne mogą budzić wątpliwości co do niezależności tych oferentów i ochrony informacji poufnych lub mogą (potencjalnie) stanowić przesłanki do uzyskania przez nich przewagi konkurencyjnej względem

7 Zgodnie z postanowieniem odsyłającym (pkt 10 wersji francuskiej) spółka dominująca ma, odpowiednio, 100% i 98,12% udziałów oferentów A i B, a w skład ich zarządów wchodzą te same osoby.

8 W ofercie oferent B użył podwykonawcy, który też jest podmiotem zależnym Ecoservice i w którego zarządzie znajdują się te same osoby fizyczne, które zasiadają w zarządach oferentów A i B.

9 Dokładniej, za niespełnienie wymogu korzystania – do świadczenia usług – ze specjalnych pojazdów, których silniki spełniają co najmniej normę Euro 5.

10 Jednakże na późniejszym etapie, gdy sąd pierwszej instancji uwzględnił skargę wniesioną przez innego oferenta, oferent A wniósł odwołanie od tego orzeczenia sądu.

11 W skardze podniosła ona, że jako spółki zależne Ecoservice oferenci A i B powinni zostać uznani za przedsiębiorstwa powiązane w rozumieniu art. 3 ust. 14 ustawy o konkurencji, a ich oferty należy uznać za alternatywne. Dodała, że wskazane przedsiębiorstwa nie brały udziału w postępowaniu przetargowym na warunkach skutecznej konkurencji i dopuściły się działania w zmowie. Z uwagi na to, że zgodnie z warunkami zamówienia zakazane były oferty wariantowe, podniosła ona, że oferty A i B powinny zostać odrzucone.

pozostałych oferentów, postanowili złożyć odrębne (niezależne) oferty w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to są oni bezwzględnie zobowiązani do ujawnienia tych powiązań instytucji zamawiającej, nawet jeżeli instytucja zamawiająca nie zwraca się [konkretnie] w tej kwestii […], niezależnie od tego, czy przepisy krajowe w dziedzinie zamówień publicznych w rzeczywistości przewidują tego rodzaju obowiązek?

2) W przypadku udzielenia na pytanie pierwsze odpowiedzi:

   a) twierdzącej (tj. oferenci muszą bezwzględnie ujawnić instytucji zamawiającej powiązania między nimi), czy okoliczność, że wspomnianego obowiązku nie dopełniono w takim przypadku lub że nie dopełniono go w sposób należyty, jest wystarczająca, aby instytucja zamawiająca przyjęła stanowisko albo organ nadzorczy (sąd) orzekł, że oferenci powiązani, którzy złożyli odrębne oferty w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uczestniczą w nim, lecz nie pozostają w stosunku rzeczywistej konkurencji (a znajdują się w stosunku pozornej konkurencji)?

   b) przeczącej (tj. na oferentach nie spoczywa żaden dodatkowy obowiązek – którego nie przewidziano w przepisach prawa lub w warunkach zamówienia – dotyczący ujawnienia wzajemnych powiązań), czy ryzyko związane z udziałem wykonawców powiązanych oraz ryzyko konsekwencji z tego tytułu ponosi zatem instytucja zamawiająca, jeżeli nie wskazała ona w dokumentacji przetargowej, że oferenci mają obowiązek ujawnienia tych informacji?

3) Niezależnie od odpowiedzi na pytanie pierwsze, uwzględniając wyrok z dnia 12 marca 2015 r., eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), czy przepisy prawa, o których mowa w pytaniu pierwszym, oraz art. 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 89/665 i art. 2 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy należy rozumieć i interpretować (łącznie lub odrębnie, lecz bez ograniczenia do tych przepisów) w ten sposób, że:

   a) jeżeli w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca poweźmie wiedzę, niezależnie od tego, w jaki sposób, o istnieniu znaczących powiązań (połączeń) pomiędzy określonymi oferentami, instytucja zamawiająca musi, niezależnie od własnej oceny tego faktu oraz (lub) innych okoliczności (na przykład braku podobieństwa ofert złożonych przez oferentów pod względem formalnym i merytorycznym, publicznego zobowiązania oferenta do działania w duchu uczciwej konkurencji z pozostałymi oferentami itd.), zwrócić się indywidualnie do każdego z powiązanych oferentów i zażądać od nich wyjaśnienia, czy i w jaki sposób ich sytuacja podmiotowa jest zgodna z zasadą wolnej i uczciwej konkurencji pomiędzy oferentami?

   b) jeżeli instytucja zamawiająca ma taki obowiązek, ale go nie dopełni, czy stanowi to wystarczającą podstawę do stwierdzenia przez sąd bezprawności działań tej instytucji zamawiającej z uwagi na brak zapewnienia przejrzystości i obiektywności postępowania oraz na niezwrócenie się do oferenta z żądaniem przedstawienia dowodów lub z uwagi na niepodjęcie decyzji z własnej inicjatywy odnośnie do ewentualnego wpływu sytuacji podmiotowej powiązanych podmiotów na wynik postępowania przetargowego?

4) Czy przepisy prawa, o których mowa w pytaniu trzecim, oraz postanowienia art. 101 ust. 1 TFUE należy rozumieć i interpretować (łącznie lub odrębnie, lecz bez ograniczenia do tych przepisów) w świetle wyroków z dnia 12 marca 2015 r., eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), z dnia 21 stycznia 2016 r., Eturas i in. (C-74/14, EU:C:2016:42), oraz z dnia 21 lipca 2016 r., VM Remonts i in. (C-542/14, EU:C:2016:578), w ten sposób, że:

   a) w sytuacji gdy oferent (skarżąca) powziął wiedzę o odrzuceniu oferty o najniższej cenie złożonej przez jednego z dwóch powiązanych oferentów w ramach publicznego postępowania przetargowego (oferent A) oraz o fakcie, że drugi oferent (oferent B) został ogłoszony zwycięskim oferentem, a także uwzględniając inne okoliczności związane z rzeczonymi

oferentami i ich udziałem w postępowaniu przetargowym {mianowicie że oferenci A i B mają ten sam zarząd; że mają tę samą spółkę dominującą, która nie wzięła udziału w postępowaniu przetargowym; że oferenci A i B nie ujawnili instytucji zamawiającej wzajemnych powiązań i nie przedstawili odrębnych dodatkowych wyjaśnień w sprawie tych powiązań, między innymi dlatego, że nie zwrócono się do nich w tej sprawie; że oferent A podał w swojej ofercie niespójne informacje dotyczące zgodności proponowanych środków transportu (śmieciarek) z warunkiem normy Euro 5 wskazanym w dokumentacji przetargowej; że rzeczony oferent, który złożył ofertę o najniższej cenie, odrzuconą z uwagi na wskazane w niej braki, po pierwsze, nie zaskarżył decyzji instytucji zamawiającej oraz, po drugie, wniósł odwołanie od wyroku sądu pierwszej instancji, w którym to odwołaniu [zarzucił] on między innymi bezprawny charakter decyzji o odrzuceniu jego oferty itp.}, i w sytuacji gdy, w odniesieniu do wszystkich wskazanych okoliczności, instytucja zamawiająca nie podjęła żadnych działań, czy już sama ta informacja stanowi wystarczającą podstawę zarzutu skierowanego do organu nadzorczego, że powinien on stwierdzić bezprawność działań instytucji zamawiającej z uwagi na brak zapewnienia przejrzystości i obiektywności postępowania oraz, dodatkowo, na niezwrócenie się do skarżącej z żądaniem przedstawienia konkretnych dowodów na to, że oferenci A i B działali w sposób nieuczciwy?

b) oferenci A i B nie udowodnili instytucji zamawiającej, że w sposób rzeczywisty i uczciwy brali udział w publicznym postępowaniu przetargowym wyłącznie z tego względu, że oferent B dobrowolnie przedłożył oświadczenie o rzeczywistym udziale, oferent B zastosował standardy jakości zarządzania dla udziału w publicznym postępowaniu przetargowym, a ponadto że oferty przedłożone przez wspomnianych oferentów nie były identyczne pod względem formalnym i merytorycznym?

5) Czy działania wzajemnie powiązanych wykonawców (przy czym obaj są podmiotami zależnymi tej samej spółki), biorących niezależnie od siebie udział w tym samym postępowaniu przetargowym, w którym wartość zamówienia sięga wartości zamówienia w ramach międzynarodowych postępowań przetargowych, oraz w przypadku gdy siedziba instytucji zamawiającej, która ogłosiła postępowanie przetargowe, oraz miejsce świadczenia usług nie są bardzo oddalone od innego państwa członkowskiego (Republiki Łotewskiej), mogą być co do zasady oceniane – z uwzględnieniem między innymi dobrowolnego oświadczenia jednego z tych wykonawców o zobowiązaniu do przestrzegania reguł uczciwej konkurencji – w świetle art. 101 TFUE oraz orzecznictwa Trybunału zawierającego wykładnię tych przepisów?".

IV. Postępowanie przed Trybunałem i stanowiska stron

24. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wpłynął do sekretariatu Trybunału w dniu 18 października 2016 r.

25. Uwagi na piśmie przedstawiły centrum gospodarki odpadami, VSA Vilnius, Ecoservice projektai UAB (dawniej oferent B), rządy litewski i czeski oraz Komisja. Przeprowadzenia rozprawy nie uznano za niezbędne.

26. Centrum gospodarki odpadami nie odniosło się konkretnie do każdego z pięciu pytań sądu odsyłającego, lecz poprzestało na oświadczeniu, że wiedziało o powiązaniach między oferentami, gdyż były one powszechnie znane, i że w żadnym momencie nie zostało wprowadzone w błąd przy podejmowaniu swoich decyzji.

27. Zdaniem centrum gospodarki odpadami, oprócz związku między oferentami, który sam w sobie nie oznacza braku konkurencji, w rozpatrywanym przypadku zachodził szereg obiektywnych okoliczności, które pozwoliły mu uznać, że oferenci konkurują ze sobą.

28. Na pytanie pierwsze wszyscy uczestnicy, z wyjątkiem VSA Vilnius, proponują udzielić odpowiedzi przeczącej. Podnoszą oni w skrócie, że ani traktat UE, ani dyrektywa 2004/18 nie zabraniają składania ofert przez przedsiębiorstwa powiązane ani nie wykluczają przedstawienia przez jednego oferenta kilku ofert. Uregulowania Unii nie przewidują też żadnych procedur w celu poinformowania wykonawców o tożsamości pozostałych oferentów, co umożliwiałoby im sprawdzenie łączących ich ewentualnie więzów i powiadomienie o tym instytucji zamawiającej. Z kolei zasady przejrzystości, równego traktowania i niedyskryminacji nie mogą być interpretowane w ten sposób, że oferenci mają obowiązek zgłaszania z własnej inicjatywy swoich wzajemnych powiązań, co nie zmienia faktu, że powinni udzielać informacji, których może od nich zażądać instytucja zamawiająca.

29. VSA Vilnius proponuje natomiast, by na pytanie pierwsze udzielić odpowiedzi twierdzącej, co sprawia, że skupia się ona na pierwszej z sytuacji opisanych w pytaniu drugim. Jej zdaniem byłoby nieproporcjonalne, gdyby oferenci nie mogli podważyć domniemania zmowy opartego na okoliczności, że nie zgłosili łączących ich powiązań. Jednak ich bierność lub brak informacji w tym zakresie można by interpretować, w zbiegu z innymi przesłankami lub z dodatkowymi dowodami, jako potwierdzenie antykonkurencyjnego zachowania.

30. Co do drugiej sytuacji z pytania drugiego, Ecoservice projektai i rząd litewski skłaniają się ku odpowiedzi twierdzącej i podkreślają obowiązek zapewnienia przez instytucję zamawiającą poszanowania w sferze materialnej, a nie wyłącznie formalnej, zasad głoszonych w art. 2 dyrektywy 2004/18.

31. VSA Vilnius utrzymuje, że instytucja zamawiająca powinna ponosić ryzyko dopuszczenia do udziału powiązanych oferentów, jeżeli, wiedząc z innych źródeł o istnieniu tego powiązania, nie podejmie środków w celu sprawdzenia okoliczności udziału tych oferentów.

32. Komisja uważa, że jeżeli instytucji zamawiającej nie uda się wykazać popełnienia przez oferenta poważnego wykroczenia zawodowego, owa instytucja nie może uniemożliwić oferentowi wzięcia udziału w postępowaniu.

33. Strony analizowały pytania trzecie, czwarte i piąte łącznie.

34. Ecoservice projektai podnosi, że instytucja zamawiająca może żądać od oferentów informacji, tylko jeżeli ma podstawy, by wątpić, że uczestniczą oni w postępowaniu na konkurencyjnych zasadach, zaś okoliczności, o których mowa w pytaniu czwartym, nie są wystarczające do stwierdzenia bezprawności zachowania instytucji zamawiającej. W jej ocenie art. 101 TFUE nie uzasadnia badania czynności powiązanych oferentów, którzy startują oddzielnie w przetargu.

35. VSA Vilnius prezentuje przeciwne stanowisko. Utrzymuje w szczególności, że według Trybunału instytucje zamawiające powinny odgrywać czynną rolę przy stosowaniu zasad rządzących zamówieniami publicznymi. Obowiązek ten wymaga zapytania powiązanych oferentów o to, w jaki sposób uczestniczą oni w postępowaniu, gdyż w przeciwnym razie ciężar dowodu w kwestii ich nieuczciwego zachowania niesłusznie spadłby na pozostałych oferentów. W ocenie tej spółki obowiązek wykazania rzeczywistego istnienia skutecznej konkurencji spoczywa na powiązanych oferentach, bez uszczerbku dla obowiązku wymagania przez instytucję zamawiającą, by oferenci rozwiali ewentualne wątpliwości co do charakteru swego udziału w postępowaniu.

36. Rząd litewski uważa, że instytucja zamawiająca ma obowiązek aktywnie sprawdzać, czy postępowanie przebiega w sposób przejrzysty. W przypadku powiązanych oferentów powinna ona sprawdzić, czy powiązania te mają wpływ na treść ofert tych podmiotów. Jeżeli istnieją obiektywne okoliczności mogące wzbudzać wątpliwości co do przejrzystości postępowania, instytucja zamawiająca powinna przeanalizować wszystkie istotne okoliczności i w danym momencie zażądać od stron informacji.

37. Rząd litewski uważa również, że gdyby instytucja zamawiająca nie podjęła środków w celu zapewnienia przejrzystości, jej zachowanie byłoby niezgodne z prawem w dwóch przypadkach: gdyby, wiedząc lub mogąc wiedzieć o tym, że w postępowaniu mogą brać udział dwaj powiązani oferenci, nie podjęła środków dla zapewnienia niezależności ich ofert oraz gdyby mimo podjęcia tych środków stwierdziła następnie, że jej działanie nie było wystarczające.

38. Wreszcie, rząd litewski podnosi, że z okoliczności spornego przypadku wynika, iż powiązani oferenci stanowią „jednostkę gospodarczą", przez co nie ma zastosowania art. 101 TFUE.

39. Dla rządu czeskiego samo istnienie związków między oferentami nie wystarczy, by uzasadnić ich wykluczenie z postępowania. Decydujące znaczenie ma to, czy związki te mogą mieć wpływ na wynik postępowania, co wymaga od instytucji zamawiającej zbadania konkretnej sytuacji oferentów. Skoro ochrona konkurencji w ramach zamówień publicznych jest zapewniona w prawie wtórnym, nie ma potrzeby odwoływania się do art. 101 TFUE.

40. Komisja twierdzi, że wśród informacji, których zgodnie z dyrektywą 2004/18 instytucja zamawiająca może żądać od oferentów, nie ma oświadczenia o powiązaniach z innymi oferentami, jakkolwiek owa instytucja ma obowiązek zbadać, że nie zachodzą podstawy wykluczenia. Co do orzecznictwa Trybunału, przytaczanego przez sąd odsyłający w pytaniach trzecim i czwartym, Komisja uważa, że nie ma ono istotnego znaczenia dla odpowiedzi na przedstawione pytania.

41. W zakresie art. 101 TFUE Komisja utrzymuje, że przepis ten nie ma zastosowania do porozumień lub uzgodnionych praktyk między spółką dominującą a spółką zależną lub między spółkami zależnymi z tej samej grupy, ani też do spółki dominującej mającej decydujący wpływ na swoje spółki zależne. W okolicznościach niniejszej sprawy, z zastrzeżeniem rozstrzygnięcia tej kwestii przez sąd odsyłający, oferenci A i B stanowili „jednostkę gospodarczą", co wyklucza zastosowanie tego postanowienia.

V. Ocena

42. Pytania Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sądu najwyższego, Litwa) można połączyć w grupy w sposób wskazany przeze mnie na początku opinii:

– z jednej strony (pytania pierwsze i drugie) należy rozstrzygnąć, czy powiązani ze sobą oferenci składający oddzielne oferty mają w każdej sytuacji obowiązek poinformować instytucję zamawiającą o tej okoliczności, a jeśli tak, to jakie są konsekwencje zaniechania tego;

– z drugiej strony (pytania trzecie, czwarte i piąte) należy wyjaśnić, jak powinna się zachować instytucja zamawiająca – oraz ewentualnie sąd kontrolujący jej czynności – w razie gdy ma ona wiedzę o istnieniu znaczących powiązań między niektórymi oferentami.

A. W przedmiocie obowiązku poinformowania przez oferentów instytucji zamawiającej o swoich powiązaniach z innymi oferentami (pytania pierwsze i drugie)

43. Sąd odsyłający zmierza do ustalenia w pierwszej kolejności, czy startujący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powiązani ze sobą oferenci mają obowiązek poinformowania o tym fakcie, „nawet jeżeli instytucja zamawiająca nie zwraca się konkretnie w tej kwestii, niezależnie od tego, czy przepisy krajowe w dziedzinie zamówień publicznych w rzeczywistości przewidują tego rodzaju obowiązek" [12].

12 Pytanie pierwsze akapit drugi in fine.

44. Logicznie rzecz biorąc, z pytania tego – i ogólnie z uwag stron – dorozumiewa się, że nie można tak po prostu zakazać powiązanym ze sobą oferentom złożenia ich własnych ofert w tego rodzaju postępowaniu. Trybunał stwierdził to jasno w wyroku Assitur [13] i w kwestii tej przesłanki nie ma sporu.

45. Wychodząc od tej przesłanki, obowiązek poinformowania o tych powiązaniach nie pojawia się w dyrektywie 2004/18 (ani w litewskiej ustawie o zamówieniach publicznych), co do czego strony też są zgodne.

46. Tylko VSA Vilnius broni stanowiska, że obowiązek ten ciąży, bezpośrednio lub pośrednio, z racji konieczności obalenia domniemania, iż więzy między oferentami, przez to, że wiąże się z nimi brak niezależności, mogą zagrażać przejrzystości postępowań w sprawie udzielenia zamówienia i zakłócać konkurencję.

47. Broniona przez VSA Vilnius teza napotyka od razu na poważną przeszkodę, gdyż Trybunał orzekł już akurat, że „zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązujące we wszystkich przetargach publicznych wymagają tego, by warunki materialne i formalne dotyczące udziału w przetargu były jasno z góry określone i podane do publicznej wiadomości, zwłaszcza w zakresie obowiązków ciążących na oferentach, tak aby mogli oni dokładnie zapoznać się z wymogami przetargu oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów” [14].

48. Kryterium przejrzystości, o którym mowa w wyroku Trybunału, nie spełniałby zatem wymóg (domniemany obowiązek zgłoszenia powiązań spółek), który nie został zawarty w specyfikacji warunków zamówienia i nie został przewidziany przepisami prawa krajowego ani dyrektywy 2004/18. Tym samym odpowiedź na pierwsze pytanie prejudycjalne powinna brzmieć tak, że w braku wyraźnego przepisu prawnego (prawa Unii lub prawa krajowego) powiązani oferenci nie są zobowiązani do poinformowania instytucji zamawiającej o łączących ich stosunkach.

49. Czy zgodnie z bronioną przez VSA Vilnius tezą [15] można utrzymywać, iż omawiany obowiązek, choć niewyrażony wprost, wynika z orzecznictwa Trybunału w dziedzinie zamówień publicznych?

50. Ja tak nie uważam, jako że w orzecznictwie tym uznano, że przedsiębiorstwa tworzące grupy spółek mogą dysponować „pewną samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej, zwłaszcza w zakresie udziału w przetargach” i podlegać „postanowie[niom] szczególnym, na przykład o charakterze umownym, które mogą gwarantować zarówno niezależność, jak i poufność przy opracowywaniu ofert, które zostaną złożone przez dane przedsiębiorstwa w ramach tego samego postępowania przetargowego” [16].

51. Z twierdzeń tych płynie w moim mniemaniu wniosek, że gdy przedsiębiorstwa powiązane – w braku wyraźnej normy, która by je do tego zobowiązywała – uznają, że ich oferty są niezależne, niekoniecznie muszą poinformować instytucję zamawiającą o swoich powiązaniach.

13 Wyrok z dnia 19 maja 2009 r. (C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 28): „systematyczne pozbawienie powiązanych ze sobą przedsiębiorstw prawa do udziału w tym samym postępowaniu przetargowym byłoby nie do pogodzenia ze skutecznym stosowaniem prawa wspólnotowego. Takie rozwiązanie bowiem znacznie ograniczyłoby konkurencję na szczeblu wspólnotowym”.

14 Wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 37).

15 Punkt 18 jej uwag na piśmie.

16 Wyrok z dnia 19 maja 2009 r., Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 31).

52. Co więcej, gdyby – hipotetycznie – przyjąć podejście VSA Vilnius, omawiany obowiązek nie spełniałby wymogu wyraźnego zapisu w specyfikacji warunków zamówienia dotyczącego „jasno określonego warunku", czego wymaga Trybunał. W tej sytuacji byłby to obowiązek dający się mniej więcej wywnioskować z wykładni prawa Unii, a więc którego nieznajomość ze strony przeciętnego przedsiębiorcy można usprawiedliwić [17].

53. Być może problem ten można by naświetlić z innej strony, mając na uwadze, że specyfikacja warunków zamówienia nie zezwalała w niniejszej sprawie konkretnie [18] na składanie przez jednego oferenta ofert alternatywnych lub „wariantowych" [19].

54. Czy z zakazu tego można wywnioskować, że oferenci A i B powinni byli poinformować instytucję zamawiającą o istniejących między nimi powiązaniach? A może wręcz powinni wykazać, że mimo ich powiązań obie oferty są niezależne i nie można ich uznać za alternatywne [20]?

55. W rzeczywistości ta klauzula specyfikacji odnosi się do art. 24 ust. 2 dyrektywy 2004/18, mającego zastosowanie do zamówień publicznych na usługi, zgodnie z którym „instytucje zamawiające zaznaczają w ogłoszeniu o zamówieniu, czy dozwolone jest składanie ofert wariantowych; bez takiej wzmianki składanie ofert wariantowych nie jest dopuszczalne" [21]. Można więc rozumieć, że oferty alternatywne lub wariantowe są co do zasady wykluczone [22], chyba że w określonych zamówieniach instytucja zamawiająca je dopuści.

56. Trudno jest mi jednak przyjąć, że z zakazu składania ofert wariantowych, zarówno jeśli jest on wpisany do specyfikacji (jak miało to miejsce w niniejszym przypadku), jak i nie, można wywodzić dorozumiany obowiązek, żeby powiązani oferenci koniecznie informowali o powiązaniach swoich spółek instytucję zamawiającą.

57. Zakaz ten zobowiązuje co najwyżej powiązanych oferentów do zaznaczenia, że ich oferta nie stanowi jedynie oferty wariantowej lub alternatywnej w stosunku do oferty innego konkurenta. Nie mamy więc do czynienia ze spełnieniem ogólnego obowiązku poinformowania przez przedsiębiorstwa powiązane o swojej sytuacji, ponieważ w prawie Unii nie ma tego rodzaju obowiązku. Dyrektywa 2004/18 nie uniemożliwia co do zasady tego, by powiązane podmioty gospodarcze brały udział w jednym postępowaniu przetargowym, czyni to jedynie wtedy, gdy „istnieje realne ryzyko występowania praktyk mogących zagrażać przejrzystości lub zakłócać konkurencję między oferentami" [23].

58. Gdyby zastosować to rozumowanie, klauzula z zakazem ofert wariantowych zawarta w specyfikacji jedynie w tych ekstremalnych przypadkach powodowałaby konieczność poinformowania instytucji zamawiającej przez oferentów o łączących ich stosunkach, aby rozwiać te obawy.

59. Jednakże z takiej wykładni dyrektywy 2004/18 nie można wysnuć praktycznych konsekwencji dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu, co wynika z dwóch powodów.

17 Do kryterium rozsądnie poinformowanego i wykazującego zwykłą staranność oferenta Trybunał odniósł się na przykład w wyroku z dnia 4 grudnia 2003 r., EVN i Wienstrom (C-448/01, EU:C:2003:651, pkt 57).

18 Zobacz pkt 14 niniejszej opinii. Sąd odsyłający wspomina o tym zakazie w pkt 18 postanowienia odsyłającego (według francuskiej wersji tego dokumentu).

19 W przedmiocie ofert alternatywnych lub wariantowych zob. na przykład S. Arrowsmith, *The Law of Public Utilities Procurement*, vol. 1, Sweet & Maxwell, Londres, 3rd ed., 2014, 7-246–7-251.

20 Jak podaje A. Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart, Oxford, 2nd ed., 2015, s. 341, podstawową zasadą w tej dziedzinie jest zakaz składania wielokrotnych propozycji przez jeden podmiot. Naturalną konsekwencją tej zasady byłoby objęcie jej zakresem jednostek należących do jednej grupy.

21 Zgodnie z ust. 1 tego artykułu oferty wariantowe można składać tylko w przypadku, gdy kryterium udzielenia zamówienia jest oferta najkorzystniejsza ekonomicznie.

22 Zobacz S. Arrowsmith, *The Law of Public Utilities Procurement*, op.cit., 7–247.

23 Wyrok z dnia 19 maja 2009 r., Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 30).

60. W pierwszej kolejności w złożonym z własnej inicjatywy oświadczeniu oferent B zapewnił, że uczestniczy on w przetargu samodzielnie i niezależnie od jakichkolwiek innych podmiotów gospodarczych, które mogą być z nim powiązane, i zwrócił się do centrum gospodarki odpadami o to, by wszystkich pozostałych oferentów traktowało ono jako konkurencję. Fakt, że w tym oświadczeniu nie było wyraźnie mowy o oferencie A, jest do naszych celów nieistotny, skoro, jak twierdzi centrum gospodarki odpadami [24], powiązania obu spółek były powszechnie wiadome (powszechnie znane). W moim mniemaniu ważne jest to, by poprzez zamanifestowanie niezależności oferty oferenta B można było zrozumieć, że starał się on zastosować do klauzuli specyfikacji wykluczającej możliwość złożenia ofert alternatywnych.

61. W drugiej kolejności poinformowanie centrum gospodarki odpadami miałoby na celu uświadomienie mu istnienia powiązań między spółkami oferentów, aby zbadało uważniej ich propozycje i wykryło ewentualne zachowania znamionujące zmowę. Skoro, jak już zostało wspomniane, samo centrum gospodarki odpadami przyznaje, że w tym przypadku wiedziało o tych związkach, gdyż były one powszechnie znane, i bez trudu oceniło, że w swoich ofertach (o odmiennej treści) obaj wykonawcy rzeczywiście ze sobą konkurują [25], przekazanie tej informacji było zbyteczne.

62. Oprócz tych konkretnych okoliczności, ściśle związanych ze stanem faktycznym, sądzę, że do naszych celów ta wykładnia dyrektywy 2004/18 byłaby nieco skomplikowana, do tego stopnia, że nie zgadzałaby się z wymogiem jasności stawianym przez Trybunał w stosunku do określenia materialnych i formalnych warunków dotyczących udziału w postępowaniach przetargowych [26].

63. Na pierwsze pytanie prejudycjalne proponuję zatem taką odpowiedź: art. 45 i 56 TFUE oraz art. 2 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że w braku wyraźnego przepisu prawnego lub szczególnego postanowienia w klauzulach regulujących przebieg postępowania powiązani oferenci składający oddzielne oferty nie mają obowiązku informować o swoich powiązaniach instytucji zamawiającej.

64. Odpowiedź na pytanie drugie wynika z odpowiedzi na pytanie pierwsze. W tej samej sytuacji (brak wyraźnego przepisu prawnego lub szczególnego postanowienia w klauzulach regulujących przebieg postępowania), jak stwierdza sąd odsyłający, „ryzyko związane z udziałem wykonawców powiązanych oraz ryzyko konsekwencji z tego tytułu ponosi" właśnie instytucja zamawiająca.

65. Wolałbym jednak nie mówić o ponoszeniu ryzyka przez instytucję zamawiającą, lecz o obowiązku zagwarantowania przez nią równego traktowania oferentów i przejrzystości postępowania. Spełniając ten obowiązek, powinna ona uniknąć tego, by udział powiązanych oferentów działał na szkodę pozostałych, wypaczając wymaganą między wszystkimi konkurencję. To zaś w niniejszym przypadku, jak owa instytucja sama podnosi, miało miejsce.

B. W przedmiocie obowiązków instytucji zamawiającej wobec powiązania między oferentami (pytania trzecie, czwarte i piąte)

66. Zgadzam się z Komisją, że na pytania trzecie, czwarte i piąte można odpowiedzieć łącznie, choć proponuję przeformułować je w sposób, który niedokładnie zgadza się z tym, w jaki uczyniła to Komisja [27].

24 Drugi akapit uwag na piśmie.

25 Akapit czwarty uwag na piśmie.

26 Ponownie odsyłam do wyroku z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 37).

27 Komisja zaleca sformułowanie tych trzech pytań w ten sposób, że „sąd krajowy dąży do ustalenia, czy art. 101 TFUE znajduje zastosowanie w sprawie i czy art. 101 TFUE (jeżeli ma zastosowanie), przepisy dyrektyw 89/665/WE i 2004/18/WE oraz orzecznictwo, a konkretnie wyroki eVigilo, Eturas i VM Remonts, należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca powinna kontynuować badanie istnienia powiązań między dwoma oferentami w przypadku sprawy rozpatrywanej przez sąd krajowy" (pkt 42 uwag Komisji).

67. W moim przekonaniu poprzez te pytania sąd odsyłający dąży do ustalenia, czy w okolicznościach takich jak te w postępowaniu głównym instytucja zamawiająca ma obowiązek zwrócić się do powiązanych oferentów o wykazanie, że ich sytuacja nie jest niezgodna z zasadą konkurencji. Wątpliwość dotyczy tego, czy bezczynność instytucji zamawiającej byłaby wystarczająca, by stwierdzić, że w postępowaniu zachowała się ona niezgodnie z prawem.

68. Jak już wskazano, dyskusji nie podlega nie tylko fakt, że oferenci A i B byli związanymi ze sobą podmiotami prawnymi, lecz także to, że dla centrum gospodarki odpadami to ich powiązanie było faktem powszechnie znanym (co sprawiło, że nie uznało ono za niezbędne zażądać od nich oświadczenia w tej kwestii).

69. Co więcej, wszystko wskazuje na to, że obaj oferenci, A i B, stanowią jednostkę gospodarczą ze względu na swój status spółek zależnych od tej samej spółki dominującej, w okolicznościach, które pozwalają domniemywać, że wywiera ona na obydwóch dominujący wpływ [28]. Jeśli tak jest, wystarczy to, jak wskazała większość uczestników postępowania, by dojść do wniosku, że art. 101 TFUE nie ma w tej sprawie zastosowania.

70. Wiadomo bowiem, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału artykuł ten nie ma zastosowania, gdy zakazane w nim porozumienia lub praktyki stosowane są przez przedsiębiorstwa stanowiące jednostkę gospodarczą [29].

71. Konkurencja, do której ochrony zmierza się w dziedzinie zamówień publicznych, jest nie tyle konkurencją (ogólną) na rynku wewnętrznym między niezależnymi podmiotami gospodarczymi, ile konkurencją (bardziej specyficzną) mającą obowiązywać w przetargach na zamówienia publiczne [30]. Z tej ostatniej perspektywy prawdziwie istotne są rzeczywista niezależność i odmienność danych ofert (które pozwalają instytucji zamawiającej dokonać najkorzystniejszego z punktu widzenia interesu publicznego wyboru), niezależnie od tego, czy uczestniczące podmioty gospodarcze są niezależne, czy są ze sobą powiązane. Stąd, jak wskazuje rząd czeski [31], ochrony konkurencji w dziedzinie postępowania przetargowego należy poszukiwać przede wszystkim w prawie pochodnym, w tym przypadku w dyrektywie 2004/18 [32].

72. Brak zastosowania art. 101 TFUE do niniejszej sprawy nie oznacza jednak, że orzecznictwo przytaczane przez sąd odsyłający w pytaniach trzecim i czwartym nie ma istotnego znaczenia.

73. Chociaż bowiem wyrok wydany w sprawie eVigilo [33] dotyczył konfliktu interesów między instytucją zamawiającą a biegłymi, którzy oceniali złożone oferty, Trybunał poczynił w nim spostrzeżenie co do zasady, które można zastosować do niniejszej sprawy. Stwierdził on, że wobec obiektywnych okoliczności podających w wątpliwość bezstronność biegłego „na tej instytucji spoczywa obowiązek zbadania wszelkich istotnych okoliczności poprzedzających wydanie decyzji dotyczącej zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia celem zapobieżenia powstaniu konfliktu interesów, wykrycia go lub zaradzenia mu, w tym, w stosownym wypadku, żądając, by strony dostarczyły określone informacje i dowody” [34].

28 Zobacz w szczególności wyrok z dnia 16 czerwca 2016 r., Evonik Degussa i AlzChem/Komisja (C-155/14 P, EU:C:2016:446, pkt 28).

29 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 4 maja 1989 r., Bodson (30/87, EU:C:1988:225, pkt 19); z dnia 11 kwietnia 1989 r., Saeed Flugreisen i Silver Line Reisebüro (66/86, EU:C:1989:140, pkt 35).

30 Jest logiczne, że mogą występować zachowania znamionujące zmowę między niepowiązanymi przedsiębiorstwami, które starają się właśnie zakłócić konkurencję w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, zawierając porozumienia, żeby nie startować w postępowaniach lub startować w nich na niezgodnie z prawem umówionych przez siebie zasadach.

31 Zobacz pkt 10 uwag na piśmie.

32 Dyrektywa ta, jak już wspomniałem, nie zabrania co do zasady udziału powiązanym oferentom.

33 Wyrok z dnia 12 marca 2015 r. (C-538/13, EU:C:2015:166).

34 Wyrok z dnia 12 marca 2015 r., eVigilio (C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 44).

74. Ten obowiązek, jak przypomina Trybunał, stanowi konsekwencję „aktywnej roli" przypisywanej instytucji zamawiającej do celów stosowania zasad udzielania zamówień publicznych, właśnie z racji obowiązku stosowania równego traktowania i działania w sposób przejrzysty, czego wymaga art. 2 dyrektywy 2004/18 [35]. Obowiązek ten – jak zapewnia Trybunał – „odpowiada podstawowym założeniom tychże dyrektyw dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych (zob. wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r., Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, pkt 45)" [36].

75. Z kolei wyroki Eturas i in. [37] oraz VM Remonts i in. [38] dotyczą, jak słusznie podkreśla Komisja [39], uzgodnień cenowych między niezależnymi przedsiębiorstwami oraz odpowiedzialności jednego oferenta za czynności niezależnego wykonawcy, który świadczył usługi. Niemniej niektóre z twierdzeń zawartych w tych wyrokach, dotyczące dowodu zachowania znamionującego zmowę, mogą być w niniejszej sprawie przydatne.

76. Na przykład w pierwszym z nich stwierdzono, że „zasada skuteczności wymaga, by dowód naruszenia prawa konkurencji Unii mógł mieć postać nie tylko dowodów bezpośrednich, ale także poszlak, pod warunkiem że są one obiektywne i spójne" [40]. Zaś w drugim mowa jest o tym, że w przypadku braku istnienia norm prawa Unii dotyczących dowodów „przepis[y] regulując[e] ocenę dowodów i wymaganego standardu dowodowego […] podlegają […] autonomii proceduralnej państw członkowskich" [41].

77. Transponując to orzecznictwo do okoliczności rozpatrywanych w postępowaniu a quo, jeżeli instytucja zamawiająca zauważy, że w postępowaniu startują powiązane podmioty gospodarcze, „czynna rola", której się od niej oczekuje jako od gwaranta skutecznej konkurencji między oferentami, powinna normalnie skłonić ją do zweryfikowania niezależności ich ofert [42].

78. Taka zapobiegliwość byłaby w sumie jedynie jednym ze środków mających na celu „zbadani[e] wszelkich istotnych okoliczności […] celem zapobieżenia powstaniu konfliktu interesów, wykrycia go lub zaradzenia mu, w tym, w stosownym wypadku, żądając, by strony dostarczyły określone informacje i dowody" [43].

79. Instytucja zamawiająca może jednak w przypadkach takich jak ten w niniejszej sprawie zaniechać zwrócenia się do powiązanych oferentów, by udzielili oni, jak ujął to sąd odsyłający w swoim pytaniu, „wyjaśnienia, czy i w jaki sposób ich sytuacja podmiotowa jest zgodna z zasadą wolnej i uczciwej konkurencji pomiędzy oferentami". Zwrócenie się o to, „by strony dostarczyły określone informacje i dowody", może oczywiście mieć istotne znaczenie, jeżeli informacje i dowody znajdujące się w posiadaniu instytucji zamawiającej nie wystarczą jej do wyrobienia sobie zdania na temat ryzyka, iż ofertom zabraknie niezależności i że zakłócą one konkurencję.

35 Wyrok z dnia 12 marca 2015 r., eVigilio (C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 42).

36 Wyrok z dnia 12 marca 2015 r., eVigilio (C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 43).

37 Wyrok z dnia 21 stycznia 2016 r. (C-74/14, EU:C:2016:42).

38 Wyrok z dnia 21 lipca 2016 r. (C-542/14, EU:C:2016:578).

39 Punkty 46 i 47 uwag na piśmie.

40 Wyrok z dnia 21 stycznia 2016 r., Eturas i in. (C-74/14, EU:C:2016:42, pkt 37).

41 Wyrok z dnia 21 lipca 2016 r., VM Remonts i in. (C-542/14, EU:C:2016:578, pkt 21).

42 Zróżnicowanie ofert będzie działało na rzecz zwiększenia presji konkurencyjnej między oferentami, tak by każda z ofert była rzeczywiście „kontestowalna" (aby użyć wyrażenia właściwego dla prawa konkurencji) przez innych, a zamówienie zostało udzielone temu, kto na nie samodzielnie zasługuje.

43 Wyrok z dnia 12 marca 2015 r., eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 44).

80. Istotne jest więc nie tyle to, żeby instytucja zamawiająca zwróciła się do powiązanych oferentów, żądając od nich informacji na temat ich stosunków i dopytując o ich zdanie na temat zachowania zasady konkurencji między oferentami. Decydujące znaczenie ma raczej to, żeby instytucja zamawiająca była w stanie wykluczyć, że jednoczesny udział tych powiązanych podmiotów niesie ryzyko dla konkurencji. Do tego wniosku może ona dojść, oczywiście żądając od tych podmiotów na przykład takich informacji lub opinii, lecz również sięgając do dostępnych już w postępowaniu danych, czyli bez konieczności zwracania się do oferentów.

81. Z orzecznictwa Trybunału wynika także, że „kwestia, czy rozpatrywany stosunek dominacji miał wpływ na treść ofert przedstawionych przez zainteresowane przedsiębiorstwa w ramach tego samego postępowania przetargowego, wymaga rozpatrzenia i oceny stanu faktycznego, czego dokonać powinny instytucje zamawiające” [44].

82. Tymczasem, jak stwierdziło centrum gospodarki odpadami w swoich uwagach na piśmie, na podstawie badania i oceny okoliczności faktycznych, które owo centrum przeprowadziło, oświadcza ono, iż – z racji powszechnej wiedzy na ten temat – powiązania między oferentami A i B były mu znane, w związku z czym mogło ono wykluczyć, że ich oferty nie są konkurencyjne, w oparciu o szereg obiektywnych elementów, a mianowicie:

– fakt, że jeden z powiązanych oferentów z własnej inicjatywy oświadczył, iż jego oferta jest niezależna, stanowił „zachowanie uczciwe i zgodne z przepisami” prawa krajowego;

– oferty powiązanych oferentów były różne zarówno pod względem formy, jak i treści;

– oferta oferenta A została odrzucona „w sposób całkowicie niezależny od jego woli, a mianowicie z inicjatywy instytucji zamawiającej” [45].

83. Na podstawie posiadanych informacji centrum gospodarki odpadami uznało, że między oferentami A i B nie zachodzi ryzyko zakłócenia konkurencji. Dodało ono, że gdyby zauważyło, iż oferenci „zachowują się w sposób wykazujący, że nie chcą zostać wybrani w postępowaniu”, okoliczność ta „mogłaby stanowić przesłankę, która skłoniłaby je do działania w celu zbadania ich powiązań i uznania, że ich zachowanie w trakcie postępowania przetargowego stanowi ewentualnie uzgodnioną praktykę” [46].

84. Można dyskutować, czy posiadane przez centrum gospodarki odpadami informacje były wystarczające, by wykluczyć ewentualne ryzyko dla konkurencji między oferentami, lecz jest to ocena, która w każdym razie leży w gestii tego centrum, pod następczą kontrolą sądu krajowego, który będzie musiał skontrolować jego decyzje, jeśli zostaną do niego zaskarżone.

85. Uważam, że Trybunał nie powinien zabierać głosu w sporze na temat większej lub mniejszej mocy dowodowej, jaką należy przypisywać przesłankom wymienionym przez sąd odsyłający w pytaniu czwartym lit. a) i b). Jest to bowiem osąd dotyczący okoliczności faktycznych oraz oceny materiału dowodowego w sprawie, którą rozstrzyga wyłącznie sąd odsyłający zgodnie z zasadami zdrowej krytyki i przy zastosowaniu krajowych przepisów dotyczących dowodów [47].

44 Wyrok z dnia 19 maja 2009 r., Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 32).

45 Akapit czwarty uwag na piśmie centrum gospodarki odpadami.

46 Akapit szósty uwag na piśmie instytucji zamawiającej. W tym samym akapicie instytucja ta dodaje, że uzgodnione praktyki są możliwe nie tylko wśród podmiotów powiązanych, lecz również między takimi, które formalnie konkurują, ale zawierają zakazane prawem konkurencji porozumienia.

47 Odwołuję się tu do wyroku z dnia 21 lipca 2016 r., VM Remonts i in. (C-542/14, EU:C:2016:578), przytoczonego w pkt 76.

86. Wracając zatem do pytania, czy instytucja zamawiająca ma obowiązek bezwzględnie zwrócić się w opisany wyżej sposób do powiązanych podmiotów gospodarczych, uważam, że należy na nie udzielić odpowiedzi przeczącej, zarówno ogólnie, jak i w tym konkretnym przypadku. Wszystko zależy od tego, czy posiadany materiał dowodowy jest wystarczający czy nie, a więc od obiektywnej spójności decyzji instytucji zamawiającej, która to decyzja miałaby zezwolić na dostęp do przetargu powiązanym oferentom, a w której przedmiocie ostatecznie wypowie się sąd.

VI. Wnioski

87. W świetle ogółu powyższych rozważań proponuję Trybunałowi, by odpowiedział Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sądowi najwyższemu, Litwa) w sposób następujący:

Artykuły 45 i 56 TFUE oraz art. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że w okolicznościach takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym:

1. w braku wyraźnego przepisu prawnego lub szczególnego postanowienia w specyfikacji warunków zamówienia powiązani oferenci składający oddzielne oferty w tym samym przetargu nie mają bezwzględnego obowiązku, by poinformować o swoich powiązaniach instytucję zamawiającą;

2. instytucja zamawiająca ma obowiązek zażądania od tych oferentów informacji, które uzna za niezbędne, jeżeli w świetle elementów ocennych zgromadzonych w tym postępowaniu żywi ona wątpliwości co do ryzyka, że jednoczesny udział tych oferentów zaszkodzi przejrzystości i zakłóci konkurencję między podmiotami ubiegającymi się o świadczenie tej usługi.