Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentate il 22 novembre 2017 [1]

Causa C-531/16

Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras,
«Ecoservice projektai» UAB, già «Specializuotas transportas» UAB
con l'intervento di:
«VSA Vilnius» UAB,
«Švarinta» UAB,
«Specialus autotransportas» UAB,
«Ecoservice» UAB

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema, Lituania)]

«Domanda di pronuncia pregiudiziale – Direttiva 2004/18/CE – Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi – Parità di trattamento – Trasparenza – Concorrenza effettiva tra gli offerenti – Collegamenti tra offerenti che presentino offerte autonome in una medesima procedura – Obbligo di informazione a carico degli offerenti collegati – Obblighi dell'amministrazione aggiudicatrice e del giudice nazionale»

1. Quando due o più offerenti tra i quali esistono taluni legami presentano le loro offerte nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, può sorgere il sospetto che essi agiscano in maniera coordinata (o perfino collusiva), a scapito della trasparenza e di altre regole o principi del diritto dell'Unione che devono disciplinare dette procedure.

2. Tale è il contesto in cui si collocano le questioni pregiudiziali sollevate dal Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema, Lituania) in considerazione del fatto che due società controllate da una terza miravano, tra l'altro, ad ottenere l'appalto per la raccolta e il trasporto di rifiuti in un comune lituano.

3. Con le sue questioni, il giudice del rinvio chiede, in definitiva, se i suddetti offerenti siano tenuti, anche in mancanza di una specifica previsione normativa, ad informare l'amministrazione aggiudicatrice circa i rapporti che li uniscono e come debba agire tale amministrazione qualora constati l'esistenza di detti rapporti.

4. La domanda di pronuncia pregiudiziale offre quindi alla Corte la possibilità di completare la sua giurisprudenza sui principi della parità di trattamento e di trasparenza nelle procedure disciplinate dalla direttiva 2004/18/CE [2] quando i partecipanti a tali procedure appartengano al medesimo gruppo di imprese.

1 Lingua originale: lo spagnolo.

2 Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114).

I. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione

1. Direttiva 2004/18

5. Il considerando 46 enuncia quanto segue:

«L'aggiudicazione dell'appalto deve essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza. (…)

6. Conformemente all'articolo 2:

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

7. Ai sensi dell'articolo 45, paragrafo 2:

«Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico:

a) che si trovi in stato di fallimento, di liquidazione, di cessazione d'attività, di amministrazione controllata o di concordato preventivo o in ogni altra analoga situazione risultante da una procedura della stessa natura prevista da leggi e regolamenti nazionali;

b) a carico del quale sia in corso un procedimento per la dichiarazione di fallimento, di amministrazione controllata, di liquidazione, di concordato preventivo oppure ogni altro procedimento della stessa natura previsto da leggi e regolamenti nazionali;

c) nei cui confronti sia stata pronunciata una condanna con sentenza passata in giudicato conformemente alle disposizioni di legge dello Stato, per un reato che incida sulla sua moralità professionale;

d) che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice;

e) che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali secondo la legislazione del paese dove è stabilito o del paese dell'amministrazione aggiudicatrice;

f) che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse secondo la legislazione del paese dove è stabilito o del paese dell'amministrazione aggiudicatrice;

g) che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste a norma della presente sezione o che non abbia fornito dette informazioni. (…)».

2. Direttiva 89/665/CEE[3]

8. L'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, stabilisce quanto segue:

«Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva 2004/18/CE, le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2 septies della presente direttiva, sulla base del fatto che hanno violato il diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono».

9. L'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), così dispone:

«1. Gli Stati membri provvedono affinché i provvedimenti presi in merito alle procedure di ricorso di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che consentono di:

(…)

b) annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specifiche tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nell'invito a presentare l'offerta, nei capitolati d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione».

B. Diritto nazionale

1. Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (legge della Repubblica di Lituania sugli appalti pubblici)[4]

10. L'articolo 3, paragrafo 1, così recita:

«Nelle procedure di gara e di aggiudicazione di appalti, l'amministrazione aggiudicatrice garantisce il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza».

2. Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas (legge della Repubblica di Lituania sulla concorrenza)[5]

11. Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 14:

«[Si intende per] "gruppo di operatori economici collegati": due o più operatori economici che, controllandosi reciprocamente o possedendo partecipazioni reciproche e potendo concertarsi, sono considerati come un unico operatore economico ai fini del calcolo dei loro ricavi lordi e della loro quota di mercato. Salvo prova contraria, si ritiene che costituiscano un gruppo di operatori economici collegati l'operatore economico considerato e

(…)

3 Direttiva del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU 1989, L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici (GU 2007, L 335, pag. 31).

4 Legge del 13 agosto 1996 (Žin., 1996, n. 84-2000).

5 Legge del 23 marzo 1999 (Žin., 1999, n. 30-856).

2) gli operatori economici gestiti in comune con esso o che condividono con il medesimo i loro servizi amministrativi e il cui consiglio di amministrazione o altro organo di gestione o di vigilanza sia composto almeno per metà degli stessi membri di quelli dell'operatore economico considerato;

3) gli operatori economici di cui l'operatore economico considerato detenga almeno un terzo del capitale o un terzo di tutti i diritti di voto o che abbiano l'obbligo di coordinare con detto operatore le loro decisioni economiche, rispondano dinanzi ad esso dell'adempimento dei loro obblighi verso terzi, debbano cedergli in tutto o in parte i loro utili o lo abbiano autorizzato ad utilizzare almeno un terzo dei loro attivi;

(…)».

12. L'articolo 5, paragrafo 1, così dispone:

«1. Sono vietati e nulli ab origine gli accordi diretti a limitare la concorrenza, oppure che la limitino o possano limitarla, in particolare:

1) gli accordi che fissino direttamene o indirettamente il prezzo di determinati prodotti o altre condizioni di acquisto o di vendita;

(…)».

II. Fatti

13. Il 9 luglio 2015 il Viešoji įstaiga Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras (Centro di smaltimento dei rifiuti per la regione di Šiaulai, Lituania; in prosieguo: il «centro di smaltimento») indiceva un bando di gara per la prestazione di servizi comunali relativi alla raccolta e al trasporto di rifiuti nel comune di Šiauliai.

14. Secondo le informazioni contenute nell'ordinanza di rinvio, il bando di gara vietava agli offerenti di presentare varianti delle loro offerte [6].

15. Presentavano offerte quattro offerenti:

A) la Specialus autotransportas UAB (in prosieguo: l'«offerente A»),

B) la Specializuotas transportas UAB (in prosieguo: l'«offerente B»),

C) la Ekonovus UAB,

D) il gruppo commerciale VSA Vilnius UAB (in prosieguo: la «VSA Vilnius») e Švarinta UAB.

16. Gli offerenti A e B sono controllate della società Ecoservice UAB (in prosieguo: la «Ecoservice») [7].

6 Nelle osservazioni scritte dell'offerente B (punto 34) è riportata la clausola 39 della documentazione di gara, che conteneva tale divieto.

7 Secondo l'ordinanza di rinvio (punto 10 della versione francese), la società controllante detiene, rispettivamente, il 100% e il 98,12% delle quote degli offerenti A e B, i cui consigli di amministrazione sono costituiti dalle medesime persone.

17. L'offerente B allegava spontaneamente alla sua offerta [8] una dichiarazione giurata indicante che esso partecipava alla gara d'appalto in maniera autonoma e indipendente da qualsiasi altro operatore economico al quale potesse essere collegato e chiedeva al centro di smaltimento di considerare tutti gli altri soggetti come concorrenti. Affermava inoltre che si impegnava a produrre, ove glie ne fosse stata fatta richiesta, un elenco degli operatori ad esso collegati.

18. Il centro di smaltimento respingeva l'offerta dell'offerente A, a motivo dell'inosservanza di una delle condizioni del disciplinare di gara [9], decisione che non veniva impugnata da detto offerente [10].

19. L'appalto veniva infine aggiudicato all'offerente B.

20. La VSA Vilnius presentava un reclamo, sostenendo che le offerte presentate dagli offerenti A e B non erano state debitamente valutate e che erano stati violati i principi di trasparenza e di parità dinanzi alla legge.

21. A seguito del rigetto del suo reclamo, la VSA Vilnius proponeva un ricorso [11] che veniva essenzialmente accolto dal Šiaulių apygardos teismas (Tribunale regionale di Šiauliai, Lituania) con sentenza del 18 gennaio 2016, confermata dal Lietuvos apeliacinis teismas (Corte d'appello, Lituania) con ordinanza del 5 aprile 2016.

22. Il centro di smaltimento e l'offerente B hanno interposto ricorso per cassazione dinanzi al Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema), il quale ha proposto la presente domanda di pronuncia pregiudiziale.

III. Questioni pregiudiziali

23. Le questioni pregiudiziali hanno il seguente tenore:

«1) Se la libera circolazione delle persone e dei servizi sancita, rispettivamente, dagli articoli 45 TFUE e 56 TFUE, i principi della parità degli offerenti e di trasparenza sanciti dall'articolo 2 della direttiva 2004/18 e il principio che ne discende della libera e leale concorrenza tra gli operatori economici (letti in combinato disposto tra loro o separatamente, senza tuttavia limitarsi a tali disposizioni) debbano essere interpretati nel senso che:

se offerenti collegati, i cui legami economici, amministrativi, finanziari o di altra natura possono dare adito a dubbi quanto alla loro indipendenza e alla protezione di informazioni confidenziali e/o possono offrire loro i presupposti (potenziali) per avere un vantaggio rispetto ad altri offerenti, che hanno deciso di presentare offerte separate (indipendenti) nella procedura di aggiudicazione d'appalto pubblico, abbiano, in ogni caso, l'obbligo di svelare i loro legami all'amministrazione aggiudicatrice, anche se detta autorità non lo chiede esplicitamente, senza riguardo alla circostanza se le disposizioni nazionali in materia di appalti pubblici stabiliscano o meno che detto obbligo di fatto esiste.

8 In detta offerta, l'offerente B indicava un subappaltatore che è parimenti una controllata della Ecoservice e nel cui consiglio di amministrazione figurano le medesime persone fisiche che compongono i consigli di amministrazione degli offerenti A e B.

9 Specificamente, per inosservanza del requisito consistente nell'utilizzo, per la prestazione del servizio, di veicoli speciali con motori che rispettassero, quanto meno, la norma EUR 5.

10 Tuttavia, successivamente, allorché il giudice di primo grado ha accolto un ricorso introdotto da un offerente indipendente, l'offerente A ha proposto appello avverso tale decisione giurisdizionale.

11 In detto ricorso essa sosteneva che, in quanto società controllate della Ecoservice, gli offerenti A e B dovevano essere considerati imprese collegate ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 14, della legge sulla concorrenza e che le loro offerte dovevano essere ritenute alternative. Aggiungeva che dette imprese non avevano partecipato alla procedura di gara in condizioni di concorrenza effettiva e avevano attuato una pratica collusiva. Dal momento che, in base alla documentazione di gara, le varianti erano vietate, affermava che le offerte degli offerenti A e B dovevano essere respinte.

2) Se la risposta alla prima questione:

   a) è affermativa (nel senso che gli offerenti devono rivelare in ogni caso i loro legami all'amministrazione aggiudicatrice), se la circostanza che detto obbligo non è stato adempiuto in nel caso in esame, o non è stato adempiuto correttamente, sia sufficiente perché l'amministrazione aggiudicatrice consideri, o un organo di controllo (giudice)constati, che gli offerenti collegati, che hanno presentato offerte separate nella stessa procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, stanno partecipando senza essere effettivamente in concorrenza tra loro (ma partecipano invece in condizioni di concorrenza fittizia);

   b) è negativa (nel senso che gli offerenti non hanno un obbligo aggiuntivo – non imposto dalla normativa o dalle condizioni di gara – di svelare i loro legami), se il rischio configurato dalla partecipazione di operatori economici collegati e il rischio degli effetti che ne derivano debbano essere sopportati dall'amministrazione aggiudicatrice, ove quest'ultima non abbia indicato nei documenti dell'appalto pubblico che gli offerenti erano soggetti a siffatto obbligo di comunicazione.

3) A prescindere dalla risposta alla prima questione e in considerazione della sentenza della Corte di giustizia nella causa del 12 marzo 2015, eVigilo (C 538/13, EU:C:2015:166), se le disposizioni normative a cui rinvia la prima questione e il terzo comma dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665 e l'articolo 2, paragrafo 1, lettera b) della medesima (letti in combinato disposto tra loro o separatamente, senza tuttavia limitarsi a tali disposizioni) debbano essere intesi nel senso che:

   a) qualora, nel corso della procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice venga a conoscenza, in qualsiasi modo, che fra taluni offerenti esistono legami particolari (connessioni), detta amministrazione, a prescindere dalla propria valutazione di tale circostanza e (o) di altre circostanze (ad esempio, la dissimiglianza formale e sostanziale delle offerte presentate dagli offerenti, l'impegno pubblico assunto da un offerente di garantire una concorrenza leale con gli altri offerenti ecc.), deve rivolgersi in separata sede agli offerenti collegati e chiedere loro di spiegare se e in che modo la loro situazione personale sia compatibile con una concorrenza libera e leale tra gli offerenti;

   b) qualora l'amministrazione aggiudicatrice abbia siffatto obbligo ma ometta di adempiervi, sussiste una base sufficiente perché il giudice dichiari illegittime le azioni di detta amministrazione aggiudicatrice, in quanto essa ha mancato di garantire trasparenza e oggettività procedurali e di chiedere prove al richiedente, oppure non ha adottato una decisione, di propria iniziativa, riguardo all'eventuale influenza esercitata dalla situazione personale degli operatori collegati sul risultato della procedura di aggiudicazione.

4) Se le disposizioni a cui rinvia la terza questione e l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE (letti in combinato disposto tra loro o separatamente, senza tuttavia limitarsi a tali disposizioni) debbano essere interpretati, alla luce delle sentenze della Corte di giustizia nelle cause del 12 marzo 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166),, del 21 gennaio 2016, Eturas e a. (C-74/14, EU:C:2016:42), e del 21 luglio 2016, VM Remonts e a. (C-542/14, EU:C:2016:578), nel senso che:

   a) se un offerente (il ricorrente) ha preso conoscenza del rigetto dell'offerta con il prezzo più basso presentata da uno dei due offerenti collegati in una procedura d'aggiudicazione d'appalto pubblico (offerente A) e del fatto che l'altro offerente (offerente B) è stato dichiarato vincitore, e tenendo conto anche delle altre circostanze relative a detti offerenti e alla loro partecipazione alla gara d'appalto [il fatto che gli offerenti A e B hanno lo stesso consiglio di amministrazione; il fatto che hanno la stessa società controllante, la quale non ha partecipato alla gara; il fatto che gli offerenti A e B non hanno rivelato i loro legami all'amministrazione aggiudicatrice né hanno separatamente presentato ulteriori chiarimenti riguardo a detti legami,

tra l'altro perché non ne sono stati richiesti; il fatto che nella sua offerta l'offerente A ha fornito informazioni incoerenti sul rispetto ad opera dei mezzi di trasporto offerti (autocarri per la raccolta dei rifiuti) della condizione EURO V prevista dal bando di gara; il fatto che detto offerente, che ha presentato l'offerta con il prezzo più basso, che è stata respinta a causa delle carenze che presentava, in un primo momento non ha presentato opposizione avverso la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice e, successivamente, ha impugnato la sentenza del giudice di primo grado invocando, tra l'altro, l'illegittimità del rigetto della sua offerta ecc.] e se, rispetto a tutte le predette circostanze, l'amministrazione aggiudicatrice non ha intrapreso alcuna azione, le informazioni in parola sono di per sé sufficienti per fondare un ricorso indirizzato all'organo di ricorso con cui si chiede di considerare illegittime le azioni dell'amministrazione aggiudicatrice che non ha provveduto a garantire la trasparenza e l'oggettività procedurali, e, in aggiunta, ha omesso di chiedere al ricorrente di fornire prove concrete del fatto che gli offerenti A e B hanno agito in modo sleale;

b) la mera circostanza che l'offerente B abbia presentato una dichiarazione attestante la sua effettiva partecipazione, l'applicazione degli standard della qualità di management per partecipare all'appalto pubblico da parte sua e, in aggiunta, che le offerte presentate dagli offerenti A e B non erano formalmente e sostanzialmente identiche non è sufficiente per considerare di aver provato all'amministrazione aggiudicatrice che detti offerenti abbiano partecipato effettivamente e lealmente alla procedura di aggiudicazione d'appalto pubblico.

5) Se le azioni di operatori economici collegati (entrambi società controllate della stessa società), che partecipano separatamente nella stessa procedura d'aggiudicazione d'appalto pubblico, il valore della quale raggiunge il valore per una gara d'appalto internazionale, e se la sede dell'amministrazione aggiudicatrice che ha indetto la gara d'appalto e il luogo dove i servizi devono essere prestati non sono molto distanti da un altro Stato membro (la Repubblica di Lettonia), possano in linea di principio essere valutate – anche tenendo conto della comunicazione volontaria ad opera di uno di detti operatori economici che avrebbe garantito una concorrenza leale – alla luce del disposto dell'articolo 101 TFUE e della giurisprudenza della Corte di giustizia ad esso relativa».

IV. Procedimento dinanzi alla Corte e posizione delle parti

24. La domanda di pronuncia pregiudiziale è pervenuta presso la cancelleria della Corte il 18 ottobre 2016

25. Hanno presentato osservazioni scritte il centro di smaltimento, la VSA Vilnius, la Ecoservice projektai UAB (già offerente B), i governi lituano e ceco nonché la Commissione. Non è stato ritenuto necessario lo svolgimento di un'udienza.

26. Il centro di smaltimento non si è espresso specificamente su ciascuna delle cinque questioni poste dal giudice del rinvio, limitandosi a dichiarare che era a conoscenza dei legami esistenti tra gli offerenti, essendo tali legami notori, e che non era mai stato indotto in errore nell'adozione delle sue decisioni.

27. A parere del centro di smaltimento, oltre al collegamento tra gli offerenti, che di per sé non implica la mancanza di concorrenza, nel caso di specie ricorrerebbe una serie di elementi oggettivi che gli hanno consentito di concludere che gli offerenti erano in concorrenza tra loro.

28. In riferimento alla prima questione, tutte le parti, ad eccezione della VSA Vilnius, propongono una risposta negativa. Esse sostengono, in sintesi, che né il Trattato FUE né la direttiva 2004/18 ostano alla presentazione di offerte da parte di imprese collegate, né escludono che un offerente possa presentare varianti. Inoltre, la normativa dell'Unione non prevedrebbe nemmeno un protocollo finalizzato ad informare gli operatori dell'identità degli altri offerenti, il che li porrebbe in condizione di verificare

eventuali collegamenti tra loro e segnalare tale circostanza all'amministrazione aggiudicatrice. Quanto ai principi di trasparenza, di parità di trattamento e di non discriminazione, essi non potrebbero essere interpretati nel senso che gli offerenti sono tenuti a dichiarare di propria iniziativa i loro legami reciproci, fermo restando che essi sono tenuti a fornire le informazioni eventualmente richieste dall'amministrazione aggiudicatrice.

29. Per contro, la VSA Vilnius propone di rispondere in senso affermativo alla prima questione, il che la induce ad esaminare la prima delle ipotesi formulate nella seconda questione. A suo parere, sarebbe sproporzionato che gli offerenti non potessero confutare la presunzione di concertazione fondata sul fatto che essi non hanno dichiarato i legami che li uniscono. Tuttavia, la loro passività o il fatto che essi non abbiano fornito informazioni a tale riguardo potrebbero essere interpretati, unitamente ad altri indizi o ad altre prove supplementari, come comprovanti un comportamento non concorrenziale.

30. In relazione alla seconda ipotesi della seconda questione, la Ecoservice projektai e il governo lituano propendono per una risposta affermativa e sottolineano l'obbligo dell'amministrazione aggiudicatrice di assicurare il rispetto sostanziale e non strettamente formale dei principi enunciati all'articolo 2 della direttiva 2004/18.

31. La VSA Vilnius sostiene che l'amministrazione aggiudicatrice deve assumere il rischio della partecipazione di offerenti collegati solo qualora, essendo comunque per altre vie a conoscenza dell'esistenza di tale collegamento, non prenda provvedimenti per verificare le circostanze della partecipazione di detti offerenti.

32. La Commissione ritiene che se l'amministrazione aggiudicatrice non è in grado di dimostrare una grave mancanza professionale da parte di un offerente, non può impedire che esso partecipi alla procedura.

33. Le parti hanno esaminato congiuntamente le questioni terza, quarta e quinta.

34. La Ecoservice projektai sostiene che l'amministrazione aggiudicatrice deve chiedere informazioni agli offerenti solo se ha motivo di dubitare che essi partecipino alla procedura in maniera concorrenziale, senza che le circostanze menzionate nella quarta questione siano sufficienti per dichiarare l'illegittimità della sua condotta. A parere della Ecoservice projektai, l'articolo 101 TFUE non giustificherebbe il controllo delle attività degli offerenti collegati che partecipino alla procedura separatamente.

35. La VSA Vilnius si esprime nel senso opposto. Essa sostiene, in particolare, che, secondo la Corte di giustizia, le amministrazioni aggiudicatrici devono svolgere un ruolo attivo nell'applicazione dei principi che disciplinano gli appalti pubblici. Tale dovere implica quello di interrogare gli offerenti collegati riguardo al modo in cui essi partecipano alla procedura, dato che, diversamente, l'onere della prova relativa alla loro condotta sleale graverebbe ingiustificatamente sugli altri offerenti. A suo parere, l'obbligo di dimostrare la reale esistenza di una concorrenza effettiva ricadrebbe sugli offerenti collegati, fermo restando l'obbligo dell'amministrazione aggiudicatrice di esigere che essi fughino eventuali dubbi circa il carattere della loro partecipazione alla procedura.

36. Il governo lituano osserva che l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta ad esaminare attivamente se la procedura si svolga in maniera trasparente. Qualora vi siano offerenti collegati, essa dovrebbe verificare se un simile collegamento incida sul contenuto delle loro rispettive offerte. Ove sussistano elementi oggettivi tali da mettere in dubbio la trasparenza della procedura, l'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe valutare tutte le circostanze pertinenti e, se del caso, chiedere informazioni alle parti.

37. Detto governo ritiene inoltre che, qualora l'amministrazione aggiudicatrice non prenda provvedimenti per assicurare la trasparenza, la sua condotta sarebbe illegittima in due casi: se, sapendo, o potendo sapere, della possibile partecipazione di due offerenti collegati, non ha preso provvedimenti per garantire l'autonomia delle loro rispettive offerte e se, pur avendo adottato tali provvedimenti, constata successivamente che il suo intervento non è stato sufficiente.

38. Infine, il governo lituano afferma che dalle circostanze del caso di specie si evince che gli offerenti collegati costituiscono una «unità economica», cosicché non sarebbe applicabile l'articolo 101 TFUE.

39. A parere del governo ceco, la mera esistenza di legami tra gli offerenti non sarebbe sufficiente a giustificare la loro esclusione dalla procedura. L'elemento determinante consisterebbe nella circostanza che detti legami possano incidere sul risultato della procedura, il che obbligherebbe l'amministrazione aggiudicatrice ad esaminare la situazione specifica degli offerenti. Giacché la tutela della concorrenza nel contesto degli appalti pubblici è garantita dal diritto derivato, non sarebbe necessario fare riferimento all'articolo 101 TFUE.

40. La Commissione afferma che tra le informazioni che, conformemente alla direttiva 2004/18, l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere agli offerenti non figura la dichiarazione dei loro legami con altri offerenti, sebbene essa sia tenuta a verificare che non ricorrano motivi di esclusione. Quanto alla giurisprudenza della Corte richiamata dal giudice del rinvio nelle sue questioni terza e quarta, la Commissione ritiene che essa non sia rilevante per rispondere alle questioni sollevate.

41. Per quanto riguarda l'articolo 101 TFUE, la Commissione sostiene che esso non si applica agli accordi o alle pratiche concordate tra una società controllante e la sua controllata, o tra consociate di un medesimo gruppo, né alla controllante che eserciti un'influenza determinante sulle sue controllate. Nelle circostanze della presente controversia, fatta salva la decisione del giudice remittente, gli offerenti A e B costituirebbero una unità economica, il che escluderebbe l'applicazione della disposizione citata.

Valutazione

42. Le questioni poste dal Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema) possono essere raggruppate nel modo che ho anticipato all'inizio delle presenti conclusioni:

– da un lato (prima e seconda questione), occorrerà stabilire se gli offerenti collegati tra loro che presentano offerte separate siano tenuti, in ogni caso, ad informare l'amministrazione aggiudicatrice di tale circostanza e, in caso affermativo, quali conseguenze deriverebbero dal non farlo;

– dall'altro lato (questioni terza, quarta e quinta), si dovrà precisare come debba comportarsi l'amministrazione aggiudicatrice – e, eventualmente, il giudice che ne controlli gli atti – nel caso in cui sia a conoscenza di legami significativi fra taluni offerenti.

A. Sull'obbligo degli offerenti di comunicare all'amministrazione aggiudicatrice i loro legami con altri offerenti (questioni prima e seconda)

43. Il giudice del rinvio chiede, in primo luogo, se gli offerenti collegati tra loro che partecipano a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico abbiano l'obbligo di comunicare tale circostanza, «anche se [l'amministrazione aggiudicatrice] non lo chiede esplicitamente [e] senza riguardo alla circostanza se le disposizioni nazionali in materia di appalti pubblici stabiliscano o meno che detto obbligo di fatto esiste» [12].

12 Prima questione, secondo paragrafo in fine.

44. Logicamente, il presupposto implicito nella questione – e, in generale, nelle osservazioni delle parti – è che non si può vietare, senz'altro, che gli offerenti collegati tra loro presentino le proprie offerte in una procedura di tal genere. Così ha dichiarato la Corte nella sentenza Assitur [13] e detto presupposto non è in discussione.

45. Ciò posto, l'obbligo di comunicare simili collegamenti non figura nella direttiva 2004/18 (né nella legge lituana sugli appalti pubblici), circostanza sulla quale vi è parimenti consenso fra tutte le parti.

46. Solo la VSA Vilnius sostiene che l'obbligo in parola sarebbe imposto, indirettamente o implicitamente, dalla necessità di confutare la presunzione secondo cui i legami tra offerenti, a causa della mancanza di autonomia che ne deriva, possono minacciare la trasparenza delle procedure di aggiudicazione e falsare la concorrenza.

47. La tesi della VSA Vilnius incontra subito un serio ostacolo, in quanto la Corte ha indicato che, per l'appunto, «i principi di trasparenza e di parità di trattamento che disciplinano tutte le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici richiedono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché questi ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi requisiti valgono per tutti i concorrenti» [14].

48. Non supererebbe il test di trasparenza cui fa riferimento la Corte un *imperativo* (il presunto obbligo di dichiarare i collegamenti societari) che non figuri nelle condizioni di appalto e non sia previsto dalla legge nazionale né contenuto nella direttiva 2004/18. Si dovrebbe quindi rispondere alla prima questione pregiudiziale che, in mancanza di una esplicita previsione normativa (del diritto dell'Unione o del diritto nazionale), gli offerenti collegati non sono tenuti ad informare l'amministrazione aggiudicatrice dei rapporti che li legano.

49. Si può sostenere, nella linea interpretativa difesa dalla VSA Vilnius [15], che tale obbligo, pur non essendo esplicito, risulta dalla giurisprudenza della Corte in materia di appalti pubblici?

50. Ritengo di no, dato che la giurisprudenza di cui trattasi ha riconosciuto che le imprese facenti parte di raggruppamenti di imprese possono godere «di una certa autonomia nella gestione della loro politica commerciale e delle loro attività economiche, in particolare nel settore della partecipazione a pubblici incanti» ed essere «disciplinat[e] da disposizioni particolari, ad esempio di tipo contrattuale, atte a garantire tanto l'indipendenza quanto la segretezza in sede di elaborazione di offerte che vengano poi presentate contemporaneamente (…) nell'ambito di una medesima gara d'appalto» [16].

51. Dalle summenzionate affermazioni si evince, a mio avviso, che, in mancanza di un'esplicita norma vincolante, qualora le imprese collegate ritengano che le loro offerte siano autonome, dette imprese non sono necessariamente tenute ad informare l'amministrazione aggiudicatrice dei loro legami societari.

13 Sentenza del 19 maggio 2009 (C-538/07, EU:C:2009:317, punto 28): «sarebbe contraria ad un'efficace applicazione del diritto comunitario l'esclusione sistematica delle imprese tra loro collegate dal diritto di partecipare ad una medesima procedura di aggiudicazione di appalto pubblico. Una soluzione siffatta, infatti, ridurrebbe notevolmente la concorrenza a livello comunitario».

14 Sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, punto 37).

15 Punto 18 delle sue osservazioni scritte.

16 Sentenza del 19 maggio 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, punto 31).

52. Inoltre, se – per ipotesi – si accogliesse la tesi della VSA Vilnius, l'obbligo non deriverebbe dall'indicazione nelle condizioni di appalto di un «requisito definito *chiaramente*», che è quanto richiesto dalla Corte. In tal caso, si tratterebbe di un obbligo più o meno desumibile dall'interpretazione del diritto dell'Unione la cui conoscenza, pertanto, non potrebbe essere richiesta alla generalità degli operatori economici [17].

53. Il problema potrebbe forse essere esaminato da un'altra prospettiva, dato che nel caso di specie le condizioni di appalto vietavano, specificamente [18], la presentazione di offerte alternative o «varianti» da parte di un medesimo offerente [19].

54. Si potrebbe dedurre da simile divieto che gli offerenti A e B dovevano informare l'amministrazione aggiudicatrice dei legami esistenti tra loro? Inoltre, essi dovrebbero dimostrare che, nonostante i loro legami, le due offerte erano autonome e non potevano essere considerate alternative [20]?

55. In realtà, la clausola in discussione del disciplinare è conforme all'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva 2004/18, applicabile agli appalti pubblici di servizi, a norma del quale «[l]e amministrazioni aggiudicatrici precisano nel bando di gara se autorizzano o meno le varianti; in mancanza di indicazione, le varianti non sono autorizzate» [21]. Pertanto, è da ritenere che, in linea di principio, le offerte alternative o varianti siano escluse [22], a meno che siano ammesse, per determinati appalti, dall'amministrazione aggiudicatrice.

56. Mi risulta difficile, tuttavia, ammettere che dal divieto di presentare varianti, sia esso previsto (come nel caso di specie) o meno dalle condizioni di appalto, si possa dedurre un obbligo implicito per gli offerenti collegati di rivelare necessariamente all'amministrazione aggiudicatrice i loro legami societari.

57. Siffatto divieto obbligherebbe tutt'al più gli offerenti collegati ad attestare che la loro offerta non era una mera variante o alternativa di quella di un altro concorrente. Pertanto, non si tratterebbe di adempiere l'obbligo generico di comunicare la loro condizione di imprese collegate, poiché nel diritto dell'Unione non esiste alcun obbligo di tal genere. La direttiva 2004/18 non vieta, in linea di principio, che gli operatori economici collegati partecipino alla medesima gara d'appalto, se non quando «sussistono reali rischi di insorgenza di pratiche atte a minacciare la trasparenza e a falsare la concorrenza tra gli offerenti» [23].

58. Sulla scorta di tale ragionamento, solo in siffatti casi estremi la clausola che vieta le varianti contenuta nelle condizioni di appalto comporterebbe la necessità che gli offerenti rivelino all'amministrazione aggiudicatrice i rapporti che li legano, onde evitare i suddetti rischi.

59. Tuttavia, tale interpretazione della direttiva 2004/18 avrebbe scarse conseguenze pratiche per la risoluzione della controversia, per due motivi.

17 La Corte ha fatto riferimento al criterio dell'offerente ragionevolmente informato che agisce con la normale diligenza, ad esempio, nella sentenza del 4 dicembre 2003, EVN e Wienstrom (C-448/01, EU:C:2003:651, punto 57).

18 V. paragrafo 14 delle presenti conclusioni. Il giudice a quo fa riferimento a tale divieto al punto 18 dell'ordinanza di rinvio (nella versione francese di tale documento).

19 Sulle offerte alternative o varianti, v., per tutti, Arrowsmith, S.: *The Law of Public Utilities Procurement*, vol. 1, Sweet & Maxwell, Londra, 3ª ed., 2014, da 7-246 a 7-251.

20 Come sostiene Sánchez Graells, A.: *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart, Oxford, 2ª ed., 2015, pag. 341, la regola fondamentale in tale materia sarebbe il divieto di offerte multiple da parte di un'unica entità. Un corollario della medesima regola sarebbe che detto divieto si estende alle entità appartenenti a un medesimo gruppo.

21 A norma del paragrafo 1 del medesimo articolo, possono essere presentate varianti solo laddove il criterio per l'aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

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

23 Sentenza del 19 maggio 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, punto 30).

60. In primo luogo, nella sua dichiarazione giurata spontanea, l'offerente B ha assicurato di partecipare in maniera autonoma e indipendente rispetto a qualsiasi altro operatore economico al quale potesse essere collegato, chiedendo al centro di smaltimento di considerare come concorrenti tutti gli altri offerenti. Il fatto che tale dichiarazione non facesse espressamente riferimento all'offerente A è irrilevante ai presenti fini, dato che, secondo quanto affermato dal centro di smaltimento [24], il legame tra le due società era pubblicamente conosciuto (notorio). Ciò che rileva, a mio parere, è che, manifestando l'autonomia della sua proposta, si possa ritenere che l'offerente B, dimostrando tentasse di conformarsi alla clausola del disciplinare che escludeva la presentazione di offerte alternative.

61. In secondo luogo, la comunicazione al centro di smaltimento avrebbe avuto lo scopo di rendere quest'ultimo consapevole dei legami societari tra gli offerenti, affinché potesse esaminare più attentamente le loro proposte e individuare eventuali comportamenti concordati. Poiché, come si è già osservato, lo stesso centro di smaltimento ammette che, nella fattispecie, era a conoscenza di tali legami, data la loro notorietà, e ha constatato senza difficoltà che i due offerenti, con le loro offerte (diverse quanto a contenuto), erano effettivamente in concorrenza [25], la comunicazione risultava superflua.

62. A parte dette circostanze particolari, strettamente legate ai fatti, ritengo che, ai presenti fini, siffatta interpretazione della direttiva 2004/18 sarebbe piuttosto tortuosa, al punto da non essere compatibile con la chiarezza richiesta dalla giurisprudenza della Corte per la definizione delle condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione alle gare d'appalto [26].

63. Pertanto, suggerisco di rispondere alla prima questione pregiudiziale che gli articoli 45 TFUE e 56 TFUE nonché l'articolo 2 della direttiva 2004/18 devono essere interpretati nel senso che, in mancanza di una norma espressa o di una disposizione specifica nelle clausole che disciplinano la procedura, gli offerenti collegati che presentino offerte separate non sono tenuti a rivelare i loro legami all'amministrazione aggiudicatrice.

64. Per quanto riguarda la seconda questione, la risposta si evince dalla prima. In detta medesima ipotesi (mancanza di una disposizione espressa o di una previsione specifica nelle clausole che disciplinano la procedura di gara), come afferma il giudice del rinvio, «il rischio configurato dalla partecipazione di operatori economici collegati e il rischio degli effetti che ne derivano de[vo]no essere sopportati» dall'amministrazione aggiudicatrice.

65. Tuttavia, non parlerei di *sopportazione del rischio* da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, bensì di obbligo da parte sua di garantire la parità di trattamento tra gli offerenti e la trasparenza della procedura. Per adempiere tale obbligo, essa deve evitare che la partecipazione di offerenti collegati rechi pregiudizio agli altri, falsando la necessaria concorrenza fra tutti. Siffatta circostanza, secondo quanto indicato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, ricorrerebbe nel caso di specie.

B. Sugli obblighi dell'amministrazione aggiudicatrice rispetto al collegamento tra offerenti (questioni terza, quarta e quinta)

66. Concordo con la Commissione che si possa rispondere congiuntamente alla terza, alla quarta e alla quinta questione, sebbene la riformulazione da me proposta non coincida esattamente con la sua [27].

24 Secondo paragrafo delle sue osservazioni.

25 Quarto paragrafo delle sue osservazioni.

26 Rinvio nuovamente alla sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, punto 37).

27 La Commissione propone di riformulare le tre questioni nel senso che «il giudice nazionale chiede di acclarare se l'articolo 101 TFUE si applichi nel caso di specie e se l'articolo 101 TFUE (ove applicabile), le disposizioni delle direttive 89/665/CE e 2004/18/CE e la giurisprudenza, in particolare le sentenze eVigilo, Eturas e VM Remonts, debbano essere interpretate nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice deve continuare a valutare l'esistenza di collegamenti tra due offerenti nel caso esaminato da detto giudice» (punto 42 delle osservazioni della Commissione).

67. A mio avviso, con dette questioni il giudice del rinvio intende sapere se, in circostanze come quelle del procedimento principale, l'amministrazione aggiudicatrice abbia l'obbligo di chiedere agli offerenti collegati di dimostrare che la loro situazione non è in contrasto con il principio di concorrenza. Il dubbio si estende all'aspetto se l'inerzia dell'amministrazione aggiudicatrice sarebbe sufficiente per dichiarare illegittimo il suo comportamento nella procedura.

68. È pacifico, come si è già esposto, non solo che gli offerenti A e B erano operatori economici collegati tra loro, ma altresì che, secondo il centro di smaltimento, tale collegamento era di pubblica notorietà (motivo per cui esso non ha ritenuto necessario chiedere loro di prestare una dichiarazione su detta circostanza).

69. Inoltre, tutto sembra indicare che i due offerenti, A e B, costituiscono una unità economica a motivo della loro condizione di controllate di una medesima società capogruppo, in circostanze che autorizzano a presumere che quest'ultima eserciti un'influenza determinante su entrambe [28]. In tal caso, ciò è sufficiente, come ha osservato la maggioranza delle parti, per inferirne che l'articolo 101 TFUE non è applicabile al presente procedimento.

70. Infatti, è noto che, conformemente alla giurisprudenza della Corte, tale disposizione non si applica quando gli accordi o le pratiche da essa vietati vengono posti in essere da imprese che costituiscono una unità economica [29].

71. La concorrenza che si intende tutelare nell'ambito delle procedure di gara non è tanto quella (generale) del mercato interno tra operatori economici indipendenti, quanto quella (più specifica) che deve esistere nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici [30]. Da quest'ultimo punto di vista, ciò che effettivamente rileva è l'autonomia e la *reale* differenza tra le rispettive offerte (che agevolano all'amministrazione aggiudicatrice la scelta di quella più vantaggiosa per l'interesse pubblico), a prescindere dalla circostanza che gli operatori economici partecipanti siano indipendenti oppure collegati tra loro. Ne consegue che, come rilevato dal governo ceco [31], la tutela della concorrenza nell'ambito delle procedure di gara va ricercata anzitutto nel diritto derivato, in questo caso nella direttiva 2004/18 [32].

72. L'inapplicabilità dell'articolo 101 TFUE al caso di specie non implica, tuttavia, che la giurisprudenza richiamata dal giudice del rinvio nella terza e nella quarta questione pregiudiziale sia irrilevante.

73. Sebbene, infatti, la causa eVigilo [33] riguardasse un conflitto di interessi tra l'amministrazione aggiudicatrice e gli esperti che avevano valutato le offerte depositate, in quell'occasione la Corte ha formulato un'affermazione di principio che può essere applicata al presente caso. Essa ha dichiarato che, a fronte di elementi oggettivi che mettano in dubbio l'imparzialità di un esperto, «spetta a detta amministrazione aggiudicatrice esaminare tutte le circostanze rilevanti che hanno condotto all'adozione della decisione relativa all'aggiudicazione dell'appalto al fine di prevenire, di individuare i conflitti di interesse e di porvi rimedio, anche, eventualmente, chiedendo alle parti di fornire talune informazioni e elementi probatori» [34].

28 V., per tutte, sentenza del 16 giugno 2016, Evonik Degussa e AlzChem/Commissione (C-155/14 P, EU:C:2016:446, punto 28).

29 V., in tal senso, sentenze del 4 maggio 1989, Bodson (30/87, EU:C:1988:225, punto 19), e dell'11 aprile 1989, Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro (66/86, EU:C:1989:140, punto 35).

30 Logicamente, possono esistere comportamenti collusivi tra imprese non collegate tesi per l'appunto a falsare la concorrenza nelle procedure di appalto pubblico, concertandosi per non presentarsi o per farlo a condizioni illecitamente concordate tra loro.

31 Punto 10 delle sue osservazioni scritte.

32 Direttiva che, come ho già ricordato, non vieta, in linea di principio, la partecipazione di offerenti collegati.

33 Sentenza del 12 marzo 2015, C-538/13, EU:C:2015:166.

34 Sentenza del 12 marzo 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, punto 44).

74. Un simile obbligo, ricorda la Corte, è una conseguenza del «ruolo attivo» attribuito all'amministrazione aggiudicatrice nell'applicazione dei principi di aggiudicazione degli appalti pubblici, proprio a motivo del dovere di trattare gli operatori economici su un piano di parità e di agire con trasparenza, come impone l'articolo 2 della direttiva 2004/18 [35]. Dovere che – come dichiarato dalla Corte – «corrisponde all'essenza stessa delle direttive relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici (v. sentenza [del 16 dicembre 2008,] Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punto 45)» [36].

75. Per quanto riguarda le sentenze Eturas e a. [37] e VM Remonts e a. [38], esse riguardano, come giustamente osservato dalla Commissione [39], una concertazione sui prezzi tra imprese indipendenti e la responsabilità di un offerente per gli atti di un fornitore indipendente che gli prestava taluni servizi. Ciononostante, alcune asserzioni delle sentenze sopra citate, relative alla prova delle condotte collusive, possono risultare utili nel presente procedimento.

76. Ad esempio, nella prima è stato dichiarato che «il principio di effettività esige che la prova di una violazione del diritto della concorrenza dell'Unione possa essere apportata non solo mediante prove dirette, ma anche attraverso indizi, purché questi ultimi siano oggettivi e concordanti» [40], e nella seconda che, in assenza di norme dell'Unione in materia di prova, «le disposizioni relative alla valutazione delle prove e al grado di intensità della prova richiesto (…) ricadono (…) nell'autonomia processuale degli Stati membri» [41].

77. Trasponendo tale giurisprudenza alle circostanze in discussione nel procedimento a quo, qualora l'amministrazione aggiudicatrice rilevi che partecipano alla procedura operatori collegati, il «ruolo attivo» che ci si attende da detta amministrazione, quale garante dell'effettiva concorrenza tra gli offerenti, dovrà indurla, di norma, ad accertarsi dell'autonomia delle loro offerte [42].

78. Tale accertamento preventivo sarebbe, in definitiva, solo una delle misure dirette ad «esaminare tutte le circostanze rilevanti (…) al fine di prevenire, di individuare i conflitti di interesse e di porvi rimedio, anche, eventualmente, chiedendo alle parti di fornire talune informazioni e elementi probatori» [43].

79. Tuttavia, in casi come quello di specie, l'amministrazione aggiudicatrice potrà prescindere dal chiedere agli offerenti collegati, per riprendere i termini della questione posta dal giudice del rinvio, «di spiegare se e in che modo la loro situazione personale sia compatibile con una concorrenza libera e leale tra gli offerenti». Sollecitare «le parti a presentare, ove necessario, informazioni ed elementi di prova» potrà, ovviamente, essere opportuno se le informazioni e le prove di cui dispone l'amministrazione aggiudicatrice non sono sufficienti per formulare una valutazione sul rischio che le offerte non siano autonome e falsino la concorrenza.

35 Ibidem, punto 42.

36 Ibidem, punto 43.

37 Sentenza del 21 gennaio 2016, C-74/14, EU:C:2016:42.

38 Sentenza del 21 luglio 2016, C-542/14, EU:C:2016:578.

39 Punti 46 e 47 delle sue osservazioni scritte.

40 Sentenza del 21 gennaio 2016, Eturas e a. (C-74/14, EU:C:2016:42, punto 37).

41 Sentenza del 21 luglio 2016, VM Remonts e a. (C-542/14, EU:C:2016:578, punto 21).

42 La diversità delle offerte tenderà ad aumentare la pressione concorrenziale tra gli offerenti, in modo che ciascuna di esse sia effettivamente «contrastabile» (per usare un'espressione propria del diritto della concorrenza) dagli altri e l'appalto venga aggiudicato a chi sia degno di ottenerlo per i propri meriti.

43 Sentenza del 12 marzo 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, punto 44).

80. Ciò che rileva, dunque, non è tanto che l'amministrazione aggiudicatrice si rivolga agli offerenti collegati chiedendo loro informazioni sui loro rapporti e il loro parere sul rispetto del principio di concorrenza tra offerenti. Determinante è semmai che l'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di escludere che la presenza simultanea di tali operatori collegati comporti un rischio per la concorrenza. Essa potrà giungere a siffatta conclusione, certamente, chiedendo loro le suddette informazioni o il suddetto parere, ma anche tenendo conto dei dati già disponibili nella procedura e senza bisogno, quindi, di rivolgersi agli offerenti.

81. La Corte ha inoltre statuito che «il compito di accertare se il rapporto di controllo in questione abbia esercitato un'influenza sul contenuto delle rispettive offerte depositate dalle imprese interessate nell'ambito di una stessa procedura di aggiudicazione pubblica richiede un esame e una valutazione dei fatti che spetta alle amministrazioni aggiudicatrici effettuare» [44].

82. Orbene, secondo quanto affermato dal centro di smaltimento nelle sue osservazioni, l'esame e la valutazione dei fatti da esso svolte lo inducono a dichiarare che, essendogli noto, in quanto risaputo, il collegamento tra gli offerenti A e B, esso ha potuto escludere che le loro rispettive offerte non fossero concorrenziali in base a una serie di elementi oggettivi:

– il fatto che uno degli offerenti collegati avesse dichiarato spontaneamente che la sua offerta era indipendente e configurava «un comportamento leale e conforme alle disposizioni» della normativa nazionale;

– le offerte degli offerenti collegati erano diverse sia per la forma che per il contenuto;

– l'offerta dell'offerente A è stata respinta «in modo del tutto indipendente dalla sua volontà, vale a dire per iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice» [45].

83. In base ai dati di cui disponeva, il centro di smaltimento ha ritenuto che non vi fossero rischi di distorsione della concorrenza tra gli offerenti A e B. Esso ha aggiunto che, se avesse rilevato che detti offerenti «si comportavano in un modo che dimostrava che essi non intendevano aggiudicarsi l'appalto», tale circostanza «avrebbe potuto costituire un indizio che [l']avrebbe indotto ad attivarsi per verificare i loro collegamenti ed eventualmente a considerare come costitutivo di una pratica concordata il loro comportamento durante la procedura di gara» [46].

84. Si potrebbe discutere sul punto se le informazioni di cui disponeva il centro di smaltimento fossero sufficienti per escludere il possibile rischio per la concorrenza tra gli offerenti, ma si tratta di una valutazione che spetta in ogni caso a detto centro, sotto il successivo controllo del giudice nazionale competente a sindacare, ove sia chiamato a farlo, le sue decisioni.

85. A mio avviso, la Corte non dovrebbe intervenire nella controversia sulla maggiore o minore efficacia probatoria da attribuire agli indizi elencati dal giudice del rinvio nelle lettere a) e b) della sua quarta questione. Si tratta di un giudizio su circostanze di fatto e sulla valutazione degli elementi di convincimento operanti in un processo sui quali deve pronunciarsi, in via esclusiva, il giudice a quo secondo i criteri di un buon esame critico e in applicazione delle sue norme interne in materia di prova [47].

44 Sentenza del 19 maggio 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, punto 32).

45 Quarto paragrafo delle osservazioni scritte del centro di smaltimento.

46 Sesto paragrafo delle osservazioni scritte dell'amministrazione aggiudicatrice. Nel medesimo paragrafo detta amministrazione afferma inoltre che le pratiche concordate possono avere luogo non solo tra operatori collegati, bensì anche tra operatori formalmente in concorrenza tra loro i quali concludano tuttavia accordi vietati dal diritto della concorrenza.

47 Rinvio alla sentenza del 21 luglio 2016, VM Remonts e a. (C-542/14, EU:C:2016:578), citata supra al paragrafo 76.

86. Ritornando quindi alla questione se l'amministrazione aggiudicatrice sia tenuta, necessariamente, a rivolgersi, nel modo sopra esposto, agli operatori collegati, ritengo che la risposta debba essere negativa, tanto in generale quanto nello specifico caso in discussione. Tutto dipende dalla questione se il materiale probatorio disponibile sia sufficiente o meno e, pertanto, dalla consistenza oggettiva della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice che consente l'accesso alla gara degli offerenti collegati, sulla quale dovrà pronunciarsi in definitiva l'organo giurisdizionale.

VI. Conclusione

87. Alla luce delle suesposte considerazioni, propongo alla Corte di rispondere nei seguenti termini al Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema, Lituania):

«Gli articoli 45 TFUE e 56 TFUE nonché l'articolo 2 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che, in circostanze come quelle del procedimento principale:

1. in mancanza di un'espressa disposizione normativa o di una specifica previsione nel capitolato che disciplina le condizioni per l'assegnazione di un appalto di servizi, gli offerenti collegati che presentino offerte separate in una medesima procedura non sono necessariamente tenuti a comunicare i loro legami all'amministrazione aggiudicatrice;

2. l'amministrazione aggiudicatrice ha l'obbligo di chiedere a detti offerenti le informazioni che ritenga necessarie qualora, alla luce degli elementi di valutazione disponibili nella procedura in discussione, nutra dubbi in ordine al rischio che la loro partecipazione simultanea possa pregiudicare la trasparenza e falsare la concorrenza tra i soggetti che intendono fornire il servizio».