

orzeczenie z dnia 11 lipca 2019 r. w sprawie C-697/17 Telecom Italia SpA

WYROK TRYBUNAŁU (piąta izba)

z dnia 11 lipca 2019 r.(*)

Odesłanie prejudycjalne – Udzielanie zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane – Dyrektywa 2014/24/UE – Artykuł 28 ust. 2 – Przetarg ograniczony – Wykonawcy dopuszczeni do przedstawienia oferty – Konieczność zachowania tożsamości prawnej i materialnej kandydata wybranego w preselekcji z kandydatem przedstawiającym ofertę – Zasada równego traktowania oferentów

W sprawie C-697/17

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy) postanowieniem z dnia 19 października 2017 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 11 grudnia 2017 r., w postępowaniu:

Telecom Italia SpA

przeciwko

Ministero dello Sviluppo Economico,

Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA,

przy udziale

OpEn Fiber SpA,

TRYBUNAŁ (piąta izba),

w składzie: E. Regan, prezes izby, K. Lenaerts, prezes Trybunału, pełniący obowiązki sędziego piątej izby, C. Lycourgos, E. Juhász (sprawozdawca) i I. Jarukaitis, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: R. Šereš, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 15 listopada 2018 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Telecom Italia SpA przez F. Lattanziego, F. Cardarellego oraz F.S. Cantellę, avvocati,
- w imieniu Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA przez F. Isgrò, P. Messinę oraz D. Cutola, avvocati,

- w imieniu OpEn Fiber SpA przez L. Torchę, avvocatessa,
- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez G. Aiella, avvocato dello Stato,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez G. Contego, P. Ondrůška oraz T. Vecchi, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Urzędu Nadzoru EFTA przez M. Sáncheza Rydelskiego oraz C. Zatschlera, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 23 stycznia 2019 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 28 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach pięciu skarg wniesionych przez Telecom Italia SpA w celu uzyskania stwierdzenia nieważności decyzji wydanych przez Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA (zwaną dalej „Infratel”), spółkę, której Ministero dello Sviluppo Economico (ministerstwo rozwoju gospodarczego, Włochy) powierzyło zadania w zakresie zarządzania projektami budowy sieci szerokopasmowej i ultraszerokopasmowej we Włoszech w odniesieniu do udzielania zamówień publicznych na budowę, utrzymanie i zarządzanie publiczną ultraszerokopasmową siecią pasywną w niektórych regionach Włoch (Abruzja, Molise, Emilia-Romania, Lombardia, Toskania i Wenecja Euganejska).

Ramy prawne

Prawo Unii

Dyrektywa 2004/17/WE

- 3 Artykuł 51 ust. 3 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. 2004, L 134, s. 1) stanowił:

„Podmioty zamawiające powinny sprawdzić, czy oferty złożone przez zakwalifikowanych oferentów odpowiadają zasadom i wymogom stosowanym do zamówień [mającym zastosowanie do ofert oraz udzielają zamówienia] na podstawie kryteriów określonych w art. 55 i 57”.

Dyrektywa 2014/24

4 Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 12 dyrektywy 2014/24 „kandydat” oznacza „wykonawcę, który ubiegał się o zaproszenie lub został zaproszony do udziału w procedurze ograniczonej, procedurze konkurencyjnej z negocjacjami, procedurze negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji, dialogu konkurencyjnym lub partnerstwie innowacyjnym”;

5 Artykuł 28 wspomnianej dyrektywy, zatytułowany „Procedura ograniczona”, ma następujące brzmienie:

„1. W procedurze ograniczonej każdy wykonawca może – w odpowiedzi na zaproszenie do ubiegania się o zamówienie zawierające informacje określone w załączniku V część B lub C, zależnie od okoliczności – złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału, przedstawiając informacje na potrzeby kwalifikacji podmiotowej wymagane przez instytucję zamawiającą.

[...]

2. Oferty mogą składać tylko wykonawcy zaproszeni przez instytucję zamawiającą po dokonaniu przez nią oceny dostarczonych informacji. Instytucje zamawiające mogą ograniczyć liczbę odpowiednich kandydatów, których zaproszą do udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 65.

[...]”.

Prawo włoskie

6 W decreto legislativo n. 50 – Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (dekretom ustawodawczym nr 50 transponującym dyrektywy 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE dotyczące udzielania zamówień publicznych i udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych oraz o reorganizacji uregulowań mających zastosowanie w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy) z dnia 18 kwietnia 2016 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 91 z dnia 19 kwietnia 2016 r., zwanym dalej „kodeksem zamówień publicznych”) dokonano transpozycji do prawa włoskiego wymienionych w nim dyrektyw.

7 W art. 61 kodeksu zamówień publicznych, zatytułowanym „Przetarg ograniczony”, dokonano transpozycji art. 28 ust. 2 dyrektywy 2014/24. Artykuł ten stanowi w ust. 3:

„W następstwie dokonanej przez instytucję zamawiającą oceny dostarczonych informacji ofertę mogą złożyć jedynie zaproszeni wykonawcy”.

Spór w postępowaniu głównym i pytanie prejudycjalne

8 W maju 2016 r. Infratel, w imieniu Ministero dello Sviluppo economico (ministerstwa rozwoju gospodarczego), ogłosiła przetarg ograniczony w celu udzielenia zamówienia publicznego na budowę i utrzymanie publicznej ultraszerokopasmowej sieci pasywnej oraz zarządzanie nią na tak zwanych „białych” obszarach w niektórych regionach Włoch (Abruzja, Molise, Emilia-Romania, Lombardia, Toskania i Wenecja Euganejska).

9 Ten przetarg wpisywał się w ramy wdrażania systemu pomocy państwa SA.41647 (2016/N) („Strategia Italiana Banda Ultra-Larga”), notyfikowanej przez władze włoskie

w dniu 10 sierpnia 2015 r. i zatwierdzonej w drodze decyzji Komisji z dnia 30 czerwca 2016 r. [C(2016) 3931 final].

- 10 Wspomniana procedura dotyczyła przydzielenia pięciu części zamówienia i obejmowała trzy następujące etapy:
 - złożenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (do dnia 18 lipca 2016 r.);
 - wysłanie wybranym w ramach preselekcji wykonawcom zaproszeń do udziału (do dnia 9 sierpnia 2016 r.); oraz
 - przedstawienie ofert (do dnia 17 października 2016 r.).
- 11 W odniesieniu do każdej z tych pięciu części wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały złożone przez Telecom Italia, a także między innymi przez Metroweb Sviluppo Srl i Enel OpEn Fiber SpA (zwaną dalej „OpEn Fiber”). Metroweb Sviluppo, pomimo tego, że została wybrana w ramach preselekcji, nie złożyła ostatecznie żadnej oferty.
- 12 W dniu 9 stycznia 2017 r. Infratel opublikowała listę dopuszczonych oferentów, a w dniu 24 stycznia 2017 r. tymczasową klasyfikację wybranych oferentów. OpEn Fiber zajmowała pierwsze miejsce w odniesieniu do każdej z pięciu części przetargu, podczas gdy Telecom Italia zajmowała zawsze miejsce drugie, poza częścią nr 4, gdzie zajmowała miejsce trzecie.
- 13 Telecom Italia, nieusatysfakcjonowana wynikami tego postępowania, złożyła wniosek o udzielenie dostępu do dokumentów znajdujących się w aktach związanych z tym postępowaniem.
- 14 Z dokumentów tych wynika, że między etapem preselekcji a dniem 17 października 2016 r., będącym ostatecznym terminem składania ofert, holdingi Enel SpA i Metroweb Italia SpA zawarły w dniu 10 października 2016 r. obowiązkową umowę ramową, zgodnie z którą OpEn Fiber miała nabyć całość akcji Metroweb SpA, która posiadała Metroweb Sviluppo, przy czym nabycie to miało tym samym oznaczać połączenie poprzez przejęcie Metroweb SpA, a w konsekwencji Metroweb Sviluppo, przez OpEn Fiber. Na podstawie tej umowy ramowej w dniu 23 stycznia 2017 r. podjęto decyzję o przejęciu Metroweb Sviluppo przez OpEn Fiber.
- 15 W dniu 10 listopada 2016 r. zawiadomiono Komisję o tym projekcie koncentracji zgodnie z rozporządzeniem Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. 2004, L 24, s. 1). W drodze decyzji z dnia 15 grudnia 2016 r. (sprawa M.8234 – Enel/CDP Equity/Cassa Depositi e Prestiti/Enel Open Fiber/Metroweb Italia) (Dz.U. 2017, C 15, s. 1) Komisja zdecydowała się nie wyrażać wobec tej transakcji sprzeciwu.
- 16 Telecom Italia zaskarżyła w pięciu skargach udzielenie zamówienia w odniesieniu do pięciu części, na jakie podzielony był przetarg ograniczony, do Tribunale amministrativo regionale del Lazio (okręgowego sądu administracyjnego dla Lacjum, Włochy), który wszystkie te skargi oddalił. Następnie Telecom Italia wniosła apelację od orzeczeń wydanych przez ten sąd do Consiglio di Stato (rady stanu, Włochy).
- 17 Consiglio di Stato (rada stanu) zmierza do ustalenia, czy w ramach procedury ograniczonej określonej w art. 28 dyrektywy 2014/24, takiej jak będąca przedmiotem

sporu w postępowaniu głównym, może znaleźć zastosowanie wymóg tożsamości prawnej i materialnej sformułowany przez Trybunał w świetle art. 51 dyrektywy 2004/17 w wyroku z dnia 24 maja 2016 r., MT Højgaard i Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347).

- 18 Sąd ten zauważa ponadto, że w dniu przedstawienia ofert, czyli w dniu 17 października 2016 r., transakcja połączenia będąca przedmiotem postępowania głównego dopiero się rozpoczęła, a jej zakończenie nastąpiło dopiero później, i że w konsekwencji w tym dniu struktura OpEn Fiber była niezmienną.
- 19 Zdaniem tego sądu niemożliwe jest wykazanie, że poprzez daną umowę o połączeniu strony chciały przeprowadzić antykonkurencyjny kartel, którego celem byłoby ograniczenie konkurencji w ramach rozpatrywanego w postępowaniu głównym postępowania o udzielenie zamówienia.
- 20 W tych okolicznościach Consiglio di Stato (rada stanu) postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy art. 28 ust. 2 zdanie pierwsze dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w taki sposób, że przepis ten wymaga pełnej tożsamości prawnej i gospodarczej wykonawców wybranych w ramach preselekcji i tych, którzy złożą ofertę w ramach procedury ograniczonej, i czy w szczególności przepis ten należy interpretować w taki sposób, że stoi on na przeszkodzie umowie zawartej pomiędzy holdingami kontrolującymi dwóch wybranych w ramach preselekcji wykonawców w czasie pomiędzy wyborem w ramach preselekcji a przedstawieniem ofert, w sytuacji kiedy: a) przedmiotem i skutkiem tej umowy jest (między innymi) dokonanie połączenia poprzez włączenie jednej ze spółek wybranych w ramach preselekcji do innej z nich (co stanowi jednakże transakcję zatwierdzoną przez Komisję Europejską); b) skutki transakcji połączenia nastąpiły dopiero po przedstawieniu oferty przez spółkę przejmującą (co stanowi powód, dla którego w momencie przedstawienia oferty jej skład nie był zmieniony w stosunku do składu istniejącego w momencie preselekcji); c) następnie przejęta spółka (której skład nie został zmieniony w ostatnim dniu terminu do składania ofert) postanowiła jednak nie uczestniczyć w procedurze ograniczonej, prawdopodobnie w ramach wykonania programu umownego ustalonego umową zawartą pomiędzy holdingami?”.

W przedmiocie dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

- 21 Infratel, OpEn Fiber i rząd włoski uważają, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest niedopuszczalny zarówno z powodu domniemanego braku znaczenia dla postępowania głównego, jak i z powodu jego potencjalnie hipotetycznego charakteru, a także z uwagi na to, że nie odpowiada ono w istocie prawdziwym wątpliwościom sądu odsyłającego.
- 22 W tym względzie należy przypomnieć, że jedynie do sądu krajowego, przed którym zawisł spór i na którym spoczywa odpowiedzialność za przyszły wyrok, należy, z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy, zarówno ocena, czy dla wydania wyroku jest mu niezbędne uzyskanie orzeczenia prejudycjalnego, jak i ocena znaczenia pytań, które zadaje on Trybunałowi. W konsekwencji jeśli postawione pytania dotyczą wykładni prawa Unii, Trybunał jest co do zasady zobowiązany wydać orzeczenie. Odmowa wydania przez Trybunał orzeczenia w przedmiocie złożonego przez sąd krajowy wniosku jest możliwa tylko wtedy, gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa Unii, o którą wniesiono, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub z przedmiotem postępowania głównego, gdy problem jest natury hipotetycznej bądź gdy Trybunał nie

dysponuje informacjami w zakresie stanu faktycznego lub prawnego niezbędnymi do udzielenia użytecznej odpowiedzi na postawione mu pytania (wyrok z dnia 10 lipca 2018 r., Jehovan todistajat, C-25/17, EU:C:2018:551, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 23 W niniejszej sprawie z postanowienia odsyłającego wynika, że rozpatrywane w postępowaniu głównym postępowanie o udzielenie zamówienia podlega przepisom zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu, a jeden z nich odwołuje się do art. 61 kodeksu zamówień publicznych, transponującego art. 28 dyrektywy 2014/24. Ponadto żaden element akt sprawy nie pozwala uznać, że żądana wykładnia prawa Unii nie miała żadnego związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem sporu w postępowaniu głównym lub by problem miał charakter hipotetyczny. Jak bowiem zauważył sąd odsyłający, zadane pytanie ma na celu umożliwienie mu ustalenia, czy ów przepis dyrektywy 2014/24 wymaga pełnej tożsamości przedsiębiorców wybranych w ramach preselekcji z tymi, którzy złożą ofertę w ramach przetargu ograniczonego.
- 24 Ponadto Consiglio di Stato (rada stanu) przedstawia wprawdzie pewne powody, które jej zdaniem uzasadniają określoną wykładnię art. 28 dyrektywy 2014/24, nie oznacza to jednak, że nie ma ona wątpliwości co do znaczenia tego przepisu. Przedstawiając swoje stanowisko, sąd ten lojalnie współpracuje z Trybunałem w ramach postępowania prejudycjalnego i stosuje się do wezwania znajdującego się w pkt 17 zaleceń dla sądów krajowych dotyczących składania wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym (Dz.U. 2018, C 257, s. 1), zgodnie z którym „[s]ąd odsyłający może także przedstawić krótko swoje stanowisko co do odpowiedzi, jakiej należałoby udzielić na postawione pytania prejudycjalne” – stanowisko, które w tym pkt 17 zakwalifikowano jako „użyteczne dla Trybunału”.
- 25 W tych okolicznościach wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym należy uznać za dopuszczalny.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

- 26 Poprzez postawione pytanie sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 28 ust. 2 zdanie pierwsze dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że ze względu na wymóg tożsamości prawnej i materialnej wykonawców wybranych w ramach preselekcji z wykonawcami, którzy złożą ofertę, przepis ten stoi na przeszkodzie temu, by w ramach przetargu ograniczonego na udzielenie zamówienia publicznego wybrany w ramach preselekcji kandydat, który zobowiązuje się do przejścia drugiego kandydata wybranego w ramach preselekcji na podstawie umowy o połączeniu zawartej między etapem preselekcji a etapem przedstawienia ofert, wykonanej po tym etapie przedstawienia, mógł przedstawić ofertę.
- 27 Zgodnie z art. 28 ust. 2 zdanie pierwsze dyrektywy 2014/24 oferty mogą składać tylko wykonawcy zaproszeni przez instytucję zamawiającą po dokonaniu przez nią oceny dostarczonych informacji.
- 28 Ta zasada została przewidziana w odniesieniu do procedury ograniczonej, która dzieli się na kilku etapów, w szczególności w odniesieniu do etapu preselekcji i etapu składania ofert.
- 29 Z brzmienia art. 28 ust. 2 zdanie pierwsze dyrektywy 2014/24 wynika, że wykonawca, który składa ofertę, powinien co do zasady być podmiotem, który został wybrany w ramach preselekcji.

- 30 Przepis ten nie zawiera zasad dotyczących ewentualnych zmian, jakie nastąpiły w strukturze lub w sytuacji ekonomicznej i technicznej kandydata wybranego w ramach preselekcji.
- 31 W analogicznym kontekście dyrektywy 2004/17 Trybunał badał kwestię wpływu takich zmian w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie procedury negocjacyjnej w wyroku z dnia 24 maja 2016 r., MT Højgaard i Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), w świetle ogólnych zasad prawa Unii, w szczególności zasady równego traktowania i wynikającego z niej obowiązku przejrzystości, a także celów tego prawa w dziedzinie zamówień publicznych.
- 32 W tym względzie należy przypomnieć, że zasada równego traktowania oraz obowiązek przejrzystości oznaczają między innymi, że oferenci powinni być traktowani jednakowo zarówno na etapie przygotowywania przez nich ofert, jak i na etapie oceny tych ofert przez instytucję zamawiającą, i że owe zasada i obowiązek stanowią podwalinę norm Unii odnoszących się do postępowań w sprawie udzielania zamówień publicznych (wyrok z dnia 24 maja 2016 r., MT Højgaard i Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 33 Zasada równego traktowania oferentów, mająca na celu wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami uczestniczącymi w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu warunków swych ofert, z czego wynika zatem wymóg, by oferty wszystkich konkurentów poddane były tym samym warunkom. Ścisłe stosowanie zasady równego traktowania wykonawców w ramach procedury negocjacyjnej doprowadziłoby do wniosku, że jedynie wykonawcy wybrani w ramach preselekcji jako tacy mogą złożyć oferty i stać się zwycięskimi oferentami (zob. podobnie wyrok z dnia 24 maja 2016 r., MT Højgaard i Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, pkt 38, 39).
- 34 Takie stanowisko znajduje podstawę w art. 28 ust. 2 dyrektywy 2014/24, zgodnie z którym „[o]ferty mogą składać tylko wykonawcy zaproszeni przez instytucję zamawiającą po dokonaniu przez nią oceny dostarczonych informacji”, co zakłada, że wykonawcy wybrani w ramach preselekcji oraz wykonawcy, którzy składają oferty, powinni być prawnie i materialnie tożsami (zob. podobnie wyrok z dnia 24 maja 2016 r., MT Højgaard i Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, pkt 40).
- 35 Jednakże Trybunał orzekł również, że w postępowaniu prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej, w przypadku rozwiązania wybranej w preselekcji grupy jako takiej, w której skład wchodził dwaj wykonawcy, jeden z nich może zastąpić tę grupę i kontynuować owo postępowanie bez naruszenia zasady równego traktowania, pod warunkiem iż zostanie wykazane, że wykonawca ten sam spełnia wymogi określone początkowo przez instytucję zamawiającą i że jego dalszy udział w tym postępowaniu nie wiąże się z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej innych oferentów (zob. podobnie wyrok z dnia 24 maja 2016 r., MT Højgaard i Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, pkt 48 i sentencja).
- 36 Należy zauważyć, że w sprawie, w której zapadł wspomniany wyrok, zarówno tożsamość prawna, jak i tożsamość materialna podmiotu wybranego w ramach preselekcji zmieniły się względem tożsamości podmiotu, który złożył ofertę, ponieważ z jednej strony postępowanie kontynuowała nie grupa przedsiębiorstw wybrana jako taka w ramach preselekcji, lecz tylko jeden z podmiotów tej grupy, a z drugiej strony zdolność ekonomiczna i techniczna pierwotnego kandydata zostały ograniczone wskutek utraty przez jednego z zainteresowanych wykonawców zdolności ekonomicznej

i technicznej. Jednakże zmiana ta nie mogła uniemożliwić kontynuowania postępowania, jeżeli zostały spełnione przesłanki określone przez Trybunał.

- 37 W tym względzie należy podkreślić, że z kolei sprawa będąca przedmiotem postępowania głównego dotyczy sytuacji, w której jeden z oferentów zwiększył swe zdolności ekonomiczne i techniczne poprzez nabycie jednego z pozostałych oferentów wybranych w ramach preselekcji.
- 38 Należy zatem ustalić, czy w tych okolicznościach została zmieniona tożsamość prawna i materialna oferentów wybranych w ramach preselekcji.
- 39 W niniejszej sprawie bezsporne jest, że jeśli chodzi o OpEn Fiber, wymóg tożsamości prawnej kandydata wybranego w preselekcji z kandydatem, który złożył ofertę, została zachowana.
- 40 Natomiast z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika, że między etapem preselekcji a ostatecznym terminem składania ofert holdingi dwóch oferentów, OpEn Fiber i Metroweb Sviluppo, zawarły obowiązkową umowę ramową, by doprowadzić w ten sposób do połączenia przez przejęcie Metroweb Sviluppo przez OpEn Fibera. W zakresie, w jakim podjęto katagoryczne zobowiązanie, zgodnie z którym OpEn Fiber miała nabyć aktywa spółki Metroweb Sviluppo i w jakim OpEn Fiber, mimo że oczekiwała na wydanie przez Komisję decyzji, mogła w konsekwencji rozsądnie liczyć na zdolności spółki Metroweb Sviluppo w ramach swojej przyszłej działalności, należy stwierdzić, nawet jeśli konkretne i ostateczne skutki danej transakcji połączenia pojawiły się dopiero po przedstawieniu ofert, to brak jest tożsamości materialnej OpEn Fiber w dniu, w którym została ona wybrana w ramach preselekcji, z tą samą spółką w ostatecznym terminie przedstawienia ofert.
- 41 W konsekwencji należy zbadać, czy pomimo tego braku tożsamości materialnej można uznać, że zasada równości nie została naruszona w świetle kryteriów określonych w wyroku z dnia 24 maja 2016 r., MT Højgaard i Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, pkt 48), przytoczonym w pkt 36 niniejszego wyroku.
- 42 W tym względzie należy podkreślić, że jak wynika z pkt 37 niniejszego wyroku, kryteria te zostały wypracowane w ramach sprawy, w której wydano wspomniany wyrok z dnia 24 maja 2016 r., MT Højgaard i Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), dotyczącej zasadniczo okoliczności, na podstawie których zdolności oferenta początkowo wybranego w ramach preselekcji zmniejszyły się, podczas gdy niniejsza sprawa dotyczy sytuacji, w której jeden z oferentów zwiększył swe zdolności poprzez nabycie jednego z pozostałych wybranych oferentów. Ta różnica w sytuacji ma nieunikniony wpływ na stosowanie w niniejszej sprawie wspomnianych kryteriów w niniejszej sprawie, ponieważ, inaczej niż w sytuacji zwiększenia zdolności oferenta, ich zmniejszenie może spowodować trudności w ramach postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.
- 43 Zezwolenie na przedstawienie oferty kandydatowi, którego zdolność ekonomiczna i techniczna znacznie się zmniejszyła od dnia, gdy został wybrany w ramach preselekcji, mogłoby bowiem doprowadzić do obejścia procedury preselekcji, ponieważ taki kandydat, którego zdolność została w ten sposób ograniczona, nie zostałby w danym wypadku wybrany w ramach preselekcji.
- 44 W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie procedury negocjacyjnej w interesie instytucji zamawiającej leży, by kandydaci, którzy zostali wybrani w ramach preselekcji, utrzymali swą zdolność ekonomiczną i techniczną

w trakcie całego postępowania, ponieważ utrata tej zdolności może zagrażać celowi tego postępowania, którym jest wybór oferenta mogącego zrealizować wspomniane zamówienie.

- 45 Nie jest natomiast sprzeczne z interesami instytucji zamawiającej, by kandydat wzmacniał swą zdolność ekonomiczną i techniczną po wybraniu go w ramach preselekcji. Można nawet uznać za normalne, że kandydat stara się o środki umożliwiające mu upewnienie się co do zdolności do zagwarantowania zadowolającej realizacji zamówienia.
- 46 To wzmocnienie zdolności ekonomicznej i technicznej może obejmować wykorzystanie zasobów innych wykonawców oraz, w stosownych przypadkach, częściowe lub całkowite przejście wykonawcy, w tym wykonawcy uczestniczącego w tym samym postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w trybie procedury negocjacyjnej.
- 47 Mając na względzie powyższe rozważania, należy stwierdzić, że kryterium dotyczące zasadniczo ustalenia, iż wykonawca chcący kontynuować postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako oferent wobec braku tożsamości prawnej lub materialnej tego wykonawcy na etapie preselekcji z wykonawcą w ostatecznym terminie składania ofert powinien wykazać, że wciąż spełnia wymogi początkowo określone przez instytucję zamawiającą, jest spełnione z założenia w sytuacji, w której jego zdolność materialna jedynie się zwiększyła.
- 48 Co się tyczy przestrzegania w niniejszym przypadku kryterium związanego z faktem, że kontynuacja udziału oferenta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie powinna prowadzić do pogorszenia sytuacji konkurencyjnej innych oferentów, należy zauważyć, iż przepisy prawa Unii odrębne od przepisów regulujących zamówienia publiczne mają na celu w szczególności zapewnienie, by operacje połączenia, takie jak będąca przedmiotem postępowania głównego, nie zagrażały istnieniu wolnej i niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym. Zatem w zakresie, w jakim zachowanie podmiotu gospodarczego czyni zadość tym szczególnym zasadom, nie można uznać, że jego udział w takiej transakcji może jako taki wiązać się z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej innych oferentów z tego tylko względu, że jednostka powstała w wyniku połączenia będzie korzystać ze zwiększonej zdolności ekonomicznej i technicznej.
- 49 W związku z tym przejście takie jak rozpatrywane w postępowaniu głównym powinno być dokonywane z poszanowaniem uregulowań Unii, w szczególności rozporządzenia nr 139/2004.
- 50 Tymczasem z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika, że w niniejszej sprawie Komisja postanowiła w dniu 15 grudnia 2016 r. na podstawie wspomnianego rozporządzenia nie zgłaszać sprzeciwu wobec zgłoszonej transakcji.
- 51 Należy również dodać, że o ile nie naruszono zasady równości ze względu na połączenie jako takie dwóch oferentów wybranych w ramach preselekcji, o tyle nie można wykluczyć, że istotne informacje dotyczące postępowania w sprawie udzielenia zamówienia mogły zostać wymienione przez strony, których dotyczyło połączenie, przed jego dokonaniem. Okoliczność ta zaś w chwili przedstawienia ofert mogłaby przysporzyć oferentowi przejmującemu bezpodstawnych korzyści względem pozostałych oferentów, co wiąże się tym samym nieuchronnie z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej tych oferentów (zob. podobnie wyrok z dnia 17 maja 2018 r., *Specializotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324, pkt 29).

- 52 Taka sytuacja wystarczyłaby co do zasady, by instytucja zamawiająca nie mogła uwzględnić oferty przejmującego oferenta (zob. podobnie wyrok z dnia 17 maja 2018 r., *Specializuotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324, pkt 31).
- 53 Niemniej jednak tego rodzaju wymiany informacji – która ponadto, jak wskazała Komisja w swoich uwagach, może wiązać się z naruszeniem art. 7 rozporządzenia nr 139/2004, dotyczącego zawieszenia jakiejkolwiek koncentracji objętej zakresem stosowania tego rozporządzenia aż do czasu jej zatwierdzenia, podobnie jak art. 101 TFUE – nie można domniemywać. Tymczasem z informacji znajdujących się w posiadaniu Trybunału wynika, że w niniejszej sprawie nie wykazano żadnego zachowania o znamionach zмовy.
- 54 Z całości powyższych rozważań wynika, że art. 28 ust. 2 zdanie pierwsze dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że przepis ten nie stoi na przeszkodzie temu, by ze względu na wymóg tożsamości prawnej i materialnej wykonawców wybranych w ramach preselekcji z wykonawcami, którzy złożą ofertę, w ramach przetargu ograniczonego na udzielenie zamówienia publicznego mógł przedstawić ofertę wybrany w ramach preselekcji kandydat, który zobowiązuje się do przejścia drugiego kandydata wybranego w ramach preselekcji na podstawie umowy o połączeniu zawartej w okresie pomiędzy etapem preselekcji a etapem przedstawienia ofert i wykonanej po etapie przedstawienia ofert.

W przedmiocie kosztów

- 55 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (piąta izba) orzeka, co następuje:

Artykuł 28 ust. 2 zdanie pierwsze dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że przepis ten nie stoi na przeszkodzie temu, by ze względu na wymóg tożsamości prawnej i materialnej wykonawców wybranych w ramach preselekcji z wykonawcami, którzy złożą ofertę, w ramach przetargu ograniczonego na udzielenie zamówienia publicznego mógł przedstawić ofertę wybrany w ramach preselekcji kandydat, który zobowiązuje się do przejścia drugiego kandydata wybranego w ramach preselekcji na podstawie umowy o połączeniu zawartej w okresie pomiędzy etapem preselekcji a etapem przedstawienia ofert i wykonanej po etapie przedstawienia ofert.

Podpisy

*
_ Język postępowania: włoski.