



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentadas el 23 de enero de 2019¹

Asunto C-697/17

Telecom Italia SpA
contra
Ministero dello Sviluppo Economico,
Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia SpA (Infratel Italia SpA),
con intervención de:
Open Fiber SpA

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia)]

«Procedimiento prejudicial — Contratos públicos — Directiva 2014/24/UE —
Procedimiento restringido — Operadores económicos admitidos a presentar una oferta —
Procedimiento de fusión por absorción tramitado durante el procedimiento de contratación —
Necesidad de mantener la misma identidad jurídica entre la fase de preselección y la presentación de
la oferta»

1. El Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia) plantea en este reenvío prejudicial si, con arreglo a la Directiva 2014/24/UE,² se mantiene «la identidad jurídica y material» de una sociedad, inicialmente seleccionada en el marco de un procedimiento restringido de contratación pública, cuando dicha sociedad acomete un proceso de fusión por absorción con otra, también seleccionada, que finalmente no presentó ninguna oferta.
2. El asunto ahora controvertido es, en cierta manera, el reverso del que dio lugar a la sentencia MT Højgaard y Züblin,³ en el que un licitador formaba parte, al ser preseleccionado, de una agrupación de empresas posteriormente disuelta. La duda era, entonces, si, tras disolverse esa agrupación, aquel licitador podía seguir participando en su propio nombre en el procedimiento negociado de adjudicación de un contrato público.
3. El Tribunal de Justicia tiene ante sí, pues, una nueva ocasión de abundar en su doctrina sobre la exigencia de identidad entre los operadores económicos preseleccionados y los que depositan las ofertas.

¹ Lengua original: español.

² Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO 2014, L 94, p. 65).

³ Sentencia de 24 de mayo de 2016 (C-396/14, EU:C:2016:347).

I. Marco normativo

A. Derecho de la Unión. Directiva 2014/24

4. El artículo 8 establece:

«La presente Directiva no se aplicará a los contratos públicos y los concursos de proyectos cuyo objeto principal sea permitir a los poderes adjudicadores la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de comunicaciones o la prestación al público de uno o varios servicios de comunicaciones electrónicas.

A efectos del presente artículo, “red pública de comunicaciones” y “servicio de comunicaciones electrónicas” tendrán el mismo significado que el que figura en la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo [4]».

5. Según el artículo 18, apartado 1:

«Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.

La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos.»

6. A tenor del artículo 28:

«1. En los procedimientos restringidos cualquier operador económico podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación que contenga la información indicada en el anexo V, parte B o C, según el caso, proporcionando la información para la selección cualitativa que haya solicitado el poder adjudicador.

[...]

2. Solo podrán presentar una oferta los operadores económicos invitados por el poder adjudicador tras la evaluación por este de la información proporcionada. Los poderes adjudicadores podrán limitar el número de candidatos aptos que deban ser invitados a participar en el procedimiento, de conformidad con el artículo 65.

[...]»

B. Derecho nacional. Codice dei contratti pubblici (Código de contratos del sector público)⁵

7. El artículo 61, apartado 3, enuncia:

«Tras la evaluación por parte de los poderes adjudicadores de la información facilitada, solo los operadores económicos invitados podrán presentar una oferta».

4 Directiva de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) (DO 2002, L 108 p. 33).

5 Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016 (GURI n.º 91, de 19 de abril de 2016, Suplemento ordinario n.º 10), por el que se transponen, entre otras, las disposiciones de la Directiva 2014/24 (en adelante, «CCP»).

8. Con arreglo al artículo 48, apartado 11:

«En el marco de un procedimiento restringido o negociado, o de diálogo competitivo, los operadores económicos invitados individualmente o los candidatos aceptados individualmente en el procedimiento de diálogo competitivo podrán presentar ofertas o actuar en nombre propio o como representantes de los operadores agrupados».

II. Hechos y cuestión prejudicial

9. Infratel Italia SpA (en lo sucesivo, «Infratel»), en nombre del Ministero dello Sviluppo economico (Ministerio de Desarrollo Económico, Italia), convocó un procedimiento restringido para adjudicar la concesión de la construcción, el mantenimiento y la gestión de una red pasiva de banda ultra ancha, de titularidad pública, en determinados territorios.

10. El procedimiento restringido, dividido en cinco lotes (correspondientes a otras tantas áreas geográficas), se desarrolló en las siguientes fases:

- a) presentación de solicitudes de participación (hasta el 18 de julio de 2016);
- b) envío de invitaciones de participación a los operadores seleccionados (hasta el 9 de agosto de 2016); y
- c) presentación de ofertas (hasta el 17 de octubre de 2016).

11. Telecom Italia SpA («Telecom Italia»), Metroweb Sviluppo SpA («Metroweb Sviluppo») y Enel Open Fiber SpA («Enel Open Fiber»),⁶ además de otros operadores, depositaron sus candidaturas (primera fase del procedimiento). Infratel las aceptó, por lo que invitó a dichas empresas a participar (segunda fase del procedimiento) como licitadores seleccionados.

12. Pese a haber sido seleccionada en esa segunda fase, Metroweb Sviluppo no llegó a presentar ninguna oferta, renunciando así, de hecho, a participar en la licitación.

13. Infratel publicó, el 9 de enero de 2017, la lista de los licitadores admitidos y, el 24 de enero de 2017, la clasificación provisional de los adjudicatarios. Enel Open Fiber ocupaba el primer puesto en los cinco lotes, mientras que Telecom Italia se había clasificado en segundo lugar en todos los casos, salvo en el lote n.º 4, donde ostentaba la tercera posición.

14. Tras la conclusión del procedimiento, Telecom Italia tuvo acceso a los documentos en poder de la Administración, a raíz de cuya consulta constató que, en un momento comprendido entre la fase de selección y la fecha límite para la presentación de ofertas (17 de octubre de 2016), Metroweb Sviluppo y Enel Open Fiber habían llevado a cabo una compleja operación societaria.

15. Esa operación traía causa de una concentración empresarial por la que las sociedades Enel SpA («Enel») y Cassa Depositi e Prestiti SpA («CDP»), a través de su filial CDP Equity SpA («CDPE»), adquirirían el control conjunto de la empresa resultante de la fusión de Enel Open Fiber con Metroweb Italia SpA («Metroweb Italia»).

⁶ Open Fiber es la denominación de Enel Open Fiber desde diciembre de 2016.

16. Según el «acuerdo marco de inversión» celebrado el 10 de octubre de 2016 entre la sociedad *holding* Enel (que controlaba a Enel Open Fiber) y Metroweb Italia (que controlaba a Metroweb Sviluppo), la operación implicaba:

- que Enel y CDPE asumían, cada una, el 50% del capital social de Enel Open Fiber;
- que Enel Open Fiber adquiriría el 100% del capital social de Metroweb Italia;
- que Metroweb Italia llevaría a cabo la fusión, por absorción, de algunas sociedades del grupo Metroweb Italia, entre ellas, Metroweb Sviluppo; y
- que Enel Open Fiber se fusionaría con la sociedad resultante de la fusión del grupo Metroweb Italia, dando así lugar a una «nueva Enel Open Fiber».⁷

17. En ejecución de ese acuerdo, el 17 de octubre de 2016 Metroweb Sviluppo (participante en la licitación) fue absorbida por el grupo Metroweb. El 23 de enero de 2017 se convino la fusión, por absorción, de Metroweb en Open Fiber.

18. El proyecto de concentración se notificó a la Comisión Europea el 10 de noviembre de 2016,⁸ conforme a lo prescrito en el Reglamento (CE) n.º 139/2004.⁹ Mediante decisión de 15 de diciembre de 2016 la Comisión determinó no oponerse a la operación.¹⁰

19. Telecom Italia impugnó la adjudicación de los cinco lotes en los que se dividía el procedimiento restringido, por medio de cinco recursos ante el Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Tribunal administrativo regional del Lazio, Italia), que los desestimó en cinco sentencias de contenido similar.

20. En este contexto, Telecom Italia interpuso cinco recursos de apelación ante el Consiglio di Stato (Consejo de Estado), que ha optado por suspender el procedimiento y plantear la siguiente pregunta, con carácter prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 28, apartado 2, primera frase, de la Directiva 2014/24/UE, en el sentido de que exige la plena identidad jurídica y económica entre los operadores seleccionados y los que presentan las ofertas en el ámbito del procedimiento restringido y, en particular, de que se opone a un acuerdo entre las sociedades de cartera que controlan a dos operadores preseleccionados, celebrado entre la fecha de selección y la fecha de presentación de las ofertas, cuando a) dicho acuerdo tenga por objeto y por efecto (*inter alia*) una fusión mediante la absorción de una empresa seleccionada por otra de las empresas seleccionadas (operación, por lo demás, autorizada por la Comisión Europea); b) los efectos de la operación de fusión no se consumen hasta después de la presentación de la oferta por parte de la empresa absorbente (motivo por el cual, en el momento de la presentación de la oferta, su composición no había variado con respecto a la que tenía en el momento de la selección previa); y c) la empresa posteriormente absorbida (cuya composición no había resultado modificada en la fecha límite para la presentación de las ofertas) haya decidido, no obstante, no participar en el procedimiento restringido, verosíblemente para cumplir el programa contractual establecido en el acuerdo celebrado entre las sociedades de cartera?»

7 Véase el apartado 9 de la Decisión de la Comisión, de 15 de diciembre de 2016, por la que se declara la compatibilidad con el mercado interno y con el acuerdo SEE de la operación de concentración (Asunto M.8234 — Enel/CDP Equity/Cassa Depositi e Prestiti/Enel Open Fiber/Metroweb Italia).

8 DO 2016, C 427, p. 5.

9 Reglamento del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones») (DO 2004, L 24, p. 1).

10 DO 2017, C 15, p. 1.

21. El órgano judicial *a quo* destaca que el procedimiento controvertido no se rige íntegramente por la Directiva 2014/24 o por la Directiva 2014/23/UE,¹¹ sino solo por las reglas de la convocatoria, con arreglo a las que era aplicable el artículo 61 del CCP, por el que se transpone el artículo 28 de la Directiva 2014/24.

22. Esa misma convocatoria disponía, además, que el concurso se resolvería en favor de la oferta económica más ventajosa, sobre la base de la mejor relación calidad/precio, en el sentido del artículo 95 del CCP, que transpone el artículo 67 de la misma Directiva.

23. Para el tribunal de remisión, es dudoso que, en el contexto de un procedimiento restringido regulado por el artículo 28 de la Directiva 2014/24, pueda aplicarse el principio de identidad jurídica y material afirmado por el Tribunal de Justicia en el asunto MT Højgaard y Züblin.¹²

24. El Consiglio di Stato (Consejo de Estado) hace notar que la operación de fusión culminada en enero de 2017 apenas había comenzado en la fecha de presentación de las ofertas (octubre de 2016), de manera que la estructura de Enel Open Fiber aún no se había modificado. A su juicio, en fin, no sería posible demostrar que con el acuerdo de fusión —que ha provocado una modificación estructural y estable de las sociedades afectadas— las partes implicadas hubieran querido concertarse para alterar la concurrencia en el procedimiento de contratación.

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y posición de las partes

25. La cuestión prejudicial se registró en el Tribunal de Justicia el 11 de diciembre de 2017. Han depositado observaciones escritas Telecom Italia, Infratel, Open Fiber, la Autoridad de Vigilancia de la AELE, el Gobierno italiano y la Comisión. En la vista pública que tuvo lugar el 15 de noviembre de 2018 comparecieron todas las partes personadas, con excepción de la Autoridad de Vigilancia de la AELE.

26. Telecom Italia mantiene que, en el contexto de un programa de fusión por absorción, la identidad material de la empresa absorbente preseleccionada, antes que su identidad jurídica, es la que verdaderamente cambia, convirtiendo la fusión en incompatible con el principio del artículo 28, apartado 2, de la Directiva 2014/24.

27. Además, opina Telecom Italia que el tribunal de reenvío habría subestimado la complejidad de la operación litigiosa, al circunscribirse a examinar la identidad subjetiva y formal de Enel Open Fiber en la fecha tope de presentación de las ofertas, fragmentando el programa conjunto de integración progresiva con Metroweb Sviluppo. En realidad, a su parecer, era un programa conjunto que, al margen de todo principio anticolusorio, se inició con un acuerdo marco obligatorio celebrado entre la preselección y la fecha límite para la presentación de ofertas, puesto en marcha en el curso del procedimiento de licitación y concluido después de la adjudicación final, pero antes de la firma del contrato. El acuerdo marco habría fusionado ambas sociedades en un único centro decisorio desde la fase de convocatoria, lo que permitió a Metroweb Sviluppo no cursar su oferta, al tiempo que se garantizaba la posibilidad de ser seleccionada como si hubiera presentado una. Esa situación debiera sancionarse de igual modo que si un mismo centro decisorio hubiera presentado dos ofertas.

¹¹ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DO 2014, L 94, p. 1).

¹² Asunto C-396/14, EU:C:2016:347.

28. Infratel considera que la cuestión prejudicial es inadmisibile, por hipotética, pues el tribunal de reenvío no duda sobre la interpretación del derecho de la Unión aplicable y ya se habría pronunciado sobre el objeto del proceso principal. Con carácter subsidiario, sostiene que no hubo ninguna modificación de las entidades preseleccionadas respecto de las que habían presentado ofertas. En el momento de depositar su oferta, Enel Open Fiber habría actuado como operador único, con la misma composición que en la fase de preselección. La fusión no habría modificado su personalidad jurídica, coincidiendo, por tanto, su identidad con la de la empresa preseleccionada.

29. Open Fiber también propugna la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial.

- En primer lugar, porque suscita la conformidad del acuerdo marco con la Directiva 2014/24, a pesar de que su legalidad no se pone en entredicho en el proceso *a quo*.
- En segundo lugar, porque, tratándose de una concesión para la construcción de una red de comunicaciones, regiría la Directiva 2014/23, pero tanto esta como la Directiva 2014/24 devienen inaplicables, a causa de la excepción que en ellas se establece en relación con las redes y los servicios de comunicaciones. No cabe entender que se haya realizado un reenvío al artículo 28 de la Directiva 2014/24 en los documentos del procedimiento.
- En tercer lugar, porque la pretendida prohibición de fusión por absorción entre las entidades preseleccionadas no constituye un principio inherente al orden jurídico de la Unión.
- En cuarto lugar, porque el órgano judicial de reenvío no abrigaría duda alguna sobre la interpretación del derecho de la Unión.

30. En cuanto al fondo, Open Fiber comparte la posición expuesta por el tribunal de remisión y concluye que su invitación a la fase de evaluación de las ofertas no es contraria al artículo 28 de la Directiva 2014/24 ni a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

31. También el Gobierno italiano se inclina por la inadmisibilidad, alegando que el tribunal de remisión se limita a mencionar, de manera general, una regla del derecho de la Unión y reconoce que no hay vínculo alguno entre la situación litigiosa y dicha regla, pues la oferta de Enel Open Fiber habría sido hecha por la misma persona jurídica autorizada a participar en el procedimiento restringido.

32. En cuanto al fondo, el Gobierno italiano alega que del artículo 51, apartado 2, de la Directiva 2004/17/CE¹³ se desprendería la necesidad de una total identidad económica y jurídica entre el operador invitado a participar y el que deposita la oferta. Sin embargo, el artículo 28, apartado 2, de la Directiva 2014/24 habría introducido una exigencia menos rígida.

33. Para el Gobierno italiano, ni de las normas nacionales ni de los principios generales del derecho de la Unión resulta que la fusión por absorción de las entidades preseleccionadas, autorizada por la Comisión y culminada tras la presentación de la oferta por la sociedad absorbente, sea una operación ilícita.

34. Según la Autoridad de Vigilancia de la AELE, no se habría conculcado el requisito de identidad si —como, en su opinión, sucedía en este litigio— por una parte, el operador económico que presenta finalmente la oferta cumple con las condiciones establecidas por la entidad adjudicadora y, por otra, al autorizarse la presentación de su oferta no se coloca a los otros competidores en una posición de desventaja. La exigencia de identidad —que en ningún caso es una exigencia absoluta— no se opondría a la conclusión de un acuerdo conducente a la fusión de dos operadores preseleccionados en el curso de un procedimiento de contratación pública.

¹³ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO 2004, L 134, p. 1).

35. A juicio de la Comisión, la pregunta prejudicial debería reformularse, pues podría dar a entender que se interroga al Tribunal de Justicia sobre la legalidad del acuerdo de fusión.

36. La Comisión sostiene que los criterios enunciados en la sentencia MT Højgaard y Züblin¹⁴ en relación con la Directiva 2004/17 podrían aplicarse *mutatis mutandis* en circunstancias análogas regidas por la Directiva 2014/24. Resalta, sin embargo, que la situación que dio lugar a aquella sentencia es muy diferente de la ahora planteada. En este asunto no se ha producido, como en aquel, cambio alguno de identidad entre la fecha de preselección de los operadores admitidos a hacer una oferta y la de presentación de las ofertas.

37. La Comisión rechaza que la celebración de un acuerdo de fusión por absorción implique *per se* un deterioro de la situación competitiva de los otros licitadores o una infracción del principio de igualdad de trato. Ese riesgo puede excluirse si, por un lado, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004, las partes no han realizado —ni siquiera parcialmente— la operación de concentración ni han intercambiado con antelación informaciones sensibles que pudieran influir en su comportamiento durante el procedimiento de contratación pública y si, por otro lado, todos los operadores participantes en el procedimiento tenían conocimiento de la celebración del acuerdo de fusión.

38. La Comisión juzga irrelevante que la empresa absorbida hubiera renunciado a participar en el procedimiento restringido. Ese factor no puede influir en la admisión de la empresa absorbente a la fase de evaluación, a menos que pusiera de manifiesto que las partes han llevado a cabo parcialmente el acuerdo de fusión, intercambiando información sensible susceptible de influir en su comportamiento durante el procedimiento de contratación, con infracción del principio de igualdad de trato.

IV. Análisis

A. Sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial

39. Según Infratel, Open Fiber y el Gobierno italiano, la cuestión prejudicial es inadmisibile, tanto por su supuesta irrelevancia para el proceso *a quo*, como por su carácter pretendidamente hipotético o por no responder, en realidad, a una duda genuina del tribunal de reenvío.

40. Creo, sin embargo, que esa objeción no debe ser acogida.

41. El Consiglio di Stato (Consejo de Estado) ha señalado que el procedimiento de contratación se rige por las reglas contenidas en la convocatoria, una de las cuales remite al artículo 61 del CCP, que transpone el artículo 28 de la Directiva 2014/24. Además, entre los motivos de apelación que invocaba Telecom Italia, junto con otros relativos al derecho nacional, figura la vulneración del principio de identidad requerido por el derecho de la Unión.¹⁵

42. Descartadas las infracciones de derecho interno aducidas por la parte apelante, el tribunal de remisión afirma que solo le queda por analizar el motivo basado en la posible infracción del derecho de la Unión, que «deviene relevante y decisivo a los fines de la resolución de la controversia examinada y sobre la que la Sección considera necesario elevar cuestión prejudicial en el sentido del artículo 267 TFUE.»¹⁶

¹⁴ Asunto C-396/14, EU:C:2016:347.

¹⁵ En concreto, Telecom Italia propugnaba que concurría la «violación del necesario principio de identidad jurídica y económica entre los sujetos preseleccionados y los que presentan ofertas que, en el ámbito del procedimiento restringido, vendría impuesto por el artículo 28, apartado 2, de la Directiva 2014/24/UE y de la pertinente jurisprudencia del Tribunal de Justicia» (apartado 7.3 del auto de reenvío).

¹⁶ Apartado 7.4 del auto de reenvío.

43. En esta coyuntura, entiendo que debe operar la presunción de pertinencia de las cuestiones prejudiciales. Se trata, como es sabido, de una presunción que puede desvirtuarse, si bien solo en el caso de que converjan circunstancias muy precisas: a) cuando resulte evidente que la interpretación o la apreciación de validez de una norma de la Unión que se ha pedido carece de relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal; b) cuando el problema sea de naturaleza hipotética; o c) cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los datos de hecho o de derecho imprescindibles para responder de manera útil a las cuestiones planteadas.¹⁷

44. Ninguna de esas tres circunstancias converge, a mi juicio, en este asunto. Y si, ciertamente, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) expone los motivos que, en su opinión, abonarían una determinada interpretación del artículo 28 de la Directiva 2014/24, eso no significa que no albergue dudas sobre el sentido de esta disposición.¹⁸

45. Para el órgano judicial de reenvío, su interpretación de ese precepto es viable, pero estima que también cabe, eventualmente, otra y que, por tanto, se impone la intervención autorizada del Tribunal de Justicia. Al actuar así colabora lealmente con el Tribunal de Justicia en el ejercicio de la jurisdicción, con arreglo al espíritu que inspira el punto 17 de las Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales.¹⁹

B. Sobre el fondo

46. Está en lo cierto la Comisión al sugerir la conveniencia de reformular la pregunta del Consiglio di Stato (Consejo de Estado), pues pudiera provocar la impresión, errónea, de que se refiere a la compatibilidad del acuerdo de fusión con el derecho de la Unión. La realidad es, sin embargo, que el órgano judicial no expresa ninguna duda sobre ese acuerdo ni pone en entredicho su validez.

47. En consecuencia, la controversia se circunscribe a dilucidar si el artículo 28, apartado 2, de la Directiva 2014/24 obsta a admitir a la fase de evaluación de ofertas (en un procedimiento de contratación restringido) a un operador inmerso en la fusión, por absorción, con otro operador también preseleccionado.

48. Esa es la pregunta específicamente suscitada por el tribunal de remisión, para el que, como antes he señalado,²⁰ el artículo 28, apartado 2, de la Directiva 2014/24 es una norma aplicable (por remisión de las disposiciones nacionales) al asunto que ha de resolver y de cuya interpretación depende la solución del litigio, una vez zanjadas las cuestiones de derecho interno que en él se dilucidan.

49. Si bien Infratel, Open Fiber y el Gobierno italiano insistieron durante la vista en discutir esa apreciación del Consiglio di Stato (Consejo de Estado), considero que la interpretación del derecho aplicable al caso llevada a cabo por ese tribunal es razonable y está suficientemente motivada.

¹⁷ Así, por ejemplo, sentencias de 16 de junio de 2015, Gauweiler y otros (C-62/14, EU:C:2015:400), apartados 24 y 25; de 4 de mayo de 2016, Pillbox 38 (C-477/14, EU:C:2016:324), apartados 15 y 16; de 5 de julio de 2016, Ognyanov (C-614/14, EU:C:2016:514), apartado 19; de 15 de noviembre de 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874), apartado 54; de 28 de marzo de 2017 (Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236), apartados 50 y 155; de 10 de julio de 2018, Jehovan todistajat (C-25/17, EU:C:2018:551), apartado 31; y de 4 de octubre de 2018, Kantarev (C-571/16, EU:C:2018:807), apartado 44.

¹⁸ En el apartado 8.4, *in fine*, del auto de reenvío se afirma que «[ú]nicamente podría llegarse a una conclusión distinta en el supuesto de que el Tribunal de Justicia considerase que el derecho de la Unión prohíbe la celebración de acuerdos entre operadores que son licitadores en el marco de un mismo procedimiento de licitación que tengan por objeto una operación, como una fusión por absorción, que en principio está autorizada por el propio ordenamiento de la Unión».

¹⁹ «El órgano jurisdiccional remitente puede también indicar sucintamente su punto de vista sobre la respuesta que debe darse a las cuestiones planteadas con carácter prejudicial». Indicación que «resulta útil para el Tribunal de Justicia» (DO 2018, C 257, p. 1).

²⁰ Véanse los puntos 21 a 23, 41 y 42 de las presentes conclusiones.

50. Habida cuenta de la nítida separación de funciones entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia que caracteriza al procedimiento del artículo 267 TFUE, corresponde exclusivamente al Consiglio di Stato (Consejo de Estado), que conoce del litigio y que asume la responsabilidad de la decisión judicial que ha de adoptar, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia.²¹ Tal apreciación presupone la previa delimitación de la normativa aplicable al litigio, operación que, por lo expuesto, en este caso no merece objeción alguna en términos de razonabilidad y de motivación.

1. La identidad jurídica y material de los operadores seleccionados en un procedimiento restringido

51. Se trata, en definitiva, de determinar si el artículo 28, apartado 2, de la Directiva 2014/24 «exige la plena identidad jurídica y económica entre los operadores seleccionados y los que presentan las ofertas en [un] procedimiento restringido», en un contexto en el que dos operadores preseleccionados han convenido su fusión, por absorción de uno de ellos, con las siguientes particularidades:

- el proyecto de fusión se ha convenido entre la fecha de selección y la fecha de presentación de ofertas, contando con la ulterior autorización de la Comisión;
- los efectos de la fusión se perfeccionarían después de que la sociedad absorbente hubiera depositado su oferta; y
- la sociedad absorbida decide no participar en el procedimiento restringido.

52. La denominada «exigencia de identidad jurídica y material entre los operadores económicos preseleccionados y los que presentan las ofertas» encuentra su fundamento en el artículo 51, apartado 3, de la Directiva 2004/17, en cuya virtud, los poderes adjudicadores «comprobarán [la conformidad de] las ofertas presentadas por los licitadores seleccionados». Así lo declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia MT Højgaard y Züblin,²² a la que expresamente se remite el órgano judicial de reenvío.

53. La misma regla se ha plasmado en el artículo 28, apartado 2, de la Directiva 2014/24, según el que «solo podrán presentar una oferta (en los procedimientos restringidos) los operadores económicos invitados por el poder adjudicador».

54. Esa exigencia sirve, en último término, para salvaguardar el principio de igualdad de trato en los licitadores.²³ Su aplicación estricta habría de llevar «a la conclusión de que únicamente pueden presentar ofertas y convertirse en adjudicatarios los operadores económicos que hayan sido preseleccionados como tales».²⁴

55. El artículo 28, apartado 2, de la Directiva 2014/24 tiende a asegurar que los procedimientos restringidos lo sean de verdad; esto es, que en ellos únicamente puedan presentar ofertas los operadores económicos que hayan sido invitados a hacerlo por el poder adjudicador, y no otros. A raíz de esa invitación se fija el ámbito al que queda *restringido*, desde el punto de vista subjetivo, el procedimiento de contratación.

²¹ Por todas, sentencia de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros* (C-305/05, EU:C:2007:383), apartado 18.

²² Asunto C-396/14, EU:C:2016:347, apartado 40.

²³ Dicho principio «tiene por objetivo favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que estas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores». Sentencia MT Højgaard y Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), apartado 38.

²⁴ *Loc. ult. cit.*, apartado 39.

56. De permitirse la presentación de ofertas a un operador económico que no hubiera sido preseleccionado, se le brindaría un tratamiento privilegiado en relación a los restantes operadores. Estos últimos solo habrán podido depositar sus ofertas tras haber solicitado formalmente participar en el procedimiento (restringido) y después de haberse sometido a la correspondiente evaluación por el poder adjudicador.

57. En el asunto MT Højgaard y Züblin, el Tribunal de Justicia afirmó que la regla de la identidad «puede suavizarse para garantizar, en un procedimiento negociado, una competencia suficiente».²⁵ Esta afirmación debe entenderse en el contexto de aquel asunto, cuyo supuesto de hecho era, como ya he avanzado, exactamente el inverso al debatido en este momento.

58. El abogado general Mengozzi describía atinadamente los términos del referido asunto, al exponerlo «en un contexto fáctico en el que una agrupación de dos empresas, que reviste la forma de una sociedad mercantil y que ha sido preseleccionada en un procedimiento de adjudicación de contrato, se disuelve a raíz de la quiebra de uno de sus dos miembros y en el que el poder adjudicador autoriza al miembro restante a seguir participando en el procedimiento en sustitución de la agrupación y, finalmente, le adjudica el contrato a pesar de que dicho miembro no había sido preseleccionado como tal.»²⁶

59. De aplicarse entonces estrictamente el principio de identidad y concluirse, en consecuencia, que el miembro restante de la agrupación de empresas no podía, en tanto que sujeto distinto, continuar participando en el procedimiento, el número de candidatos a la adjudicación se hubiera reducido a tres. Pero este resultado era contrario a lo dispuesto en el anuncio de licitación, conforme al que la entidad adjudicadora consideraba necesario un mínimo de cuatro candidatos para garantizar la competencia.²⁷

60. En una equilibrada ponderación entre el principio de igualdad de trato entre los licitadores —al que sirve el principio de identidad— y la garantía de una competencia efectiva —en un caso en el que, además, la reducción del número de licitadores podría frustrar la adjudicación—, el Tribunal de Justicia afirmó que el principio de igualdad no se ve perjudicado si se «autoriza a uno de los dos operadores económicos que formaban parte de una agrupación de empresas a la que [se] invitó, como tal, a participar en la licitación, a sustituir a dicha agrupación tras su disolución y a participar, en su propio nombre, en el procedimiento negociado de adjudicación de un contrato público, siempre y cuando se acredite, por una parte, que ese operador económico *cumple en solitario los requisitos* definidos por dicha entidad y, por otra parte, que el hecho de que siga participando en dicho procedimiento *no implica un deterioro de la situación competitiva* de los demás licitadores».²⁸

61. En el asunto que ahora nos ocupa no consta que la exclusión de la empresa absorbente (esto es, en verdad, lo que pide Telecom Italia), unida a la retirada *motu proprio* de la empresa absorbida, hubiera de traducirse en una restricción del número de licitadores que, por situarse bajo el umbral mínimo demandado, pudiera conllevar la imposibilidad de adjudicar el contrato.

62. Así, no sería perentorio modular las exigencias del principio de identidad en aras, no ya de la competencia entre licitadores, sino del principio mismo de conservación del procedimiento de adjudicación. Por tanto, no dándose la concreta y especial circunstancia que está en el origen de la solución adoptada en la sentencia MT Højgaard y Züblin,²⁹ no habría, en principio, razones para «suavizar» la exigencia de identidad.

²⁵ *Loc. ult. cit.*, apartado 41.

²⁶ Conclusiones del abogado general Mengozzi en el asunto MT Højgaard y Züblin (C-396/14, EU:C:2015:774), punto 48.

²⁷ Así se explica en los apartados 10 y 42 de la sentencia MT Højgaard y Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347).

²⁸ Sentencia MT Højgaard y Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), apartado 44, cursiva añadida.

²⁹ Asunto C-396/14, EU:C:2016:347.

63. Sin embargo, el Tribunal de Justicia consideró entonces pertinente «suavizar» el principio de identidad partiendo de la base de que no se trataba de que un licitador absolutamente distinto de los preseleccionados pretendiera registrar una oferta (que es, insisto, el supuesto típico en el que ha pensado el legislador del artículo 28, apartado 2, de la Directiva 2014/24). Admitió que pudiera llevarlo a cabo una sociedad que, por su vinculación con uno de los operadores preseleccionados (del que había sido, en verdad, una parte constitutiva), no era completamente extraña al procedimiento.

64. Ahora nos encontramos también ante un caso en el que se ha producido —o estaba en curso de producirse— una modificación en la estructura patrimonial de dos de los operadores preseleccionados, uno de los cuales absorbe al otro. Tampoco se trata aquí, por consiguiente, de la posible intervención de un tercero ajeno por completo al procedimiento restringido.

2. La incidencia de la fusión por absorción en la identidad jurídica y material del licitador seleccionado

65. De acuerdo con la información facilitada por el órgano judicial de reenvío, la personalidad jurídica de Enel Open Fiber no había experimentado ningún cambio en la fecha en la que esa sociedad, tras haber sido seleccionada, registró su oferta, que es el momento exacto del procedimiento de contratación sobre el que pregunta el tribunal de remisión. En sus palabras, su «composición no había resultado modificada en la fecha límite para la presentación de las ofertas».

66. En este sentido, conviene recordar que, como ha destacado la Comisión,³⁰ al ser una fusión por absorción que se enmarcaba en una concentración de dimensión europea, esta no podía ejecutarse sin haber obtenido previamente la aquiescencia (*rectius*, la no oposición y la declaración de su compatibilidad con el mercado interior) de la Comisión, lo que tuvo lugar el 15 de diciembre de 2016, es decir, dos meses después de finalizado el plazo de presentación de ofertas.

67. Con todo, lo que verdaderamente interesa al tribunal de reenvío es si, estando ya en curso las negociaciones para la fusión una vez seleccionados por el poder adjudicador los operadores llamados a fusionarse, esta circunstancia implicaba un cierto cambio *material* en la personalidad de Enel Open Fiber, suficiente para entender que esa sociedad no coincidía, *de facto*, en cuanto sujeto de derecho, con la Enel Open Fiber que había sido preseleccionada.

68. En otras palabras, la duda es si basta para excluir del procedimiento (restringido) de adjudicación la circunstancia de que esté *en curso* un cambio en la estructura patrimonial del licitador preseleccionado, que absorbe o se propone absorber a otro licitador asimismo preseleccionado.³¹

69. Podría argüirse, en favor de la exclusión, que, abocado el proceso de fusión a consumarse en una modificación estructural de las sociedades absorbente y absorbida, los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores imponen que se anticipe ese resultado al momento mismo en el que, con el proyectado acuerdo de fusión, tiene ya lugar un principio de *confusión material* entre las sociedades afectadas. Se habría producido, pues, la ruptura de la identidad *material* entre quien fue seleccionado y quien ha presentado una oferta, que, a estos efectos, no sería ya el mismo sujeto.

70. Creo, sin embargo, que este argumento no es convincente. Por un lado, soslaya que, en este asunto, los dos operadores (el absorbente y el absorbido) habían sido, antes de la fusión, preseleccionados para presentar ofertas, por lo que podría hablarse tanto de una quiebra de la *identidad material*, como de una continuidad, también *material*, de uno y otro.

³⁰ Apartado 31 de su escrito de observaciones.

³¹ Como señala Telecom Italia en sus observaciones escritas (apartado 31), «en este escenario, no interesa la [ulterior] suerte jurídico-formal de la sociedad absorbida (Metroweb Sviluppo) [...]; en realidad, es suficiente que varíe la identidad sustancial, más que la jurídica, de la sociedad absorbente (Open Fiber) [...] para que la fusión resulte incompatible con [...] el principio enunciado en el artículo 28, apartado 2, de la Directiva 2014/24».

71. Por otro lado, llevar la exigencia de *identidad material* hasta ese extremo, cuando concierne a una fusión de sociedades por absorción, me parece desproporcionado. En una operación de este género, la sociedad absorbente mantiene su personalidad jurídica y aumenta su patrimonio, integrando en él el de la sociedad absorbida.³² En realidad, desde una perspectiva *material*, esa variación del patrimonio de la empresa absorbente no es distinta de la que ocurriría con un aumento de su capital social o con otras operaciones semejantes. Si los licitadores preseleccionados no pudieran acometer este género de operaciones societarias durante el procedimiento restringido de licitación, porque así desvirtuarían su *identidad material*, su capacidad empresarial quedaría innecesaria y desproporcionadamente mermada.

72. En la vista, Telecom Italia matizó sus observaciones escritas, reconociendo que ese tipo de operaciones (incluidas las fusiones) serían irrelevantes, desde la perspectiva que ahora importa, si implicaran a operadores ajenos al procedimiento de licitación. Con ello admite, a mi juicio, que, en realidad, su denuncia no afecta tanto a la preservación de la identidad material del licitador preseleccionado (pues, de acogerse su tesis inicial, también se modificaría con la absorción de cualquier otra empresa), como a los peligros de colusión que pudieran derivarse de la fusión con otro candidato a la misma licitación.

73. La prohibición de las modificaciones de la estructura accionarial de la empresa preseleccionada, mientras está en curso el procedimiento restringido de adjudicación, podría abocar, además, a la inseguridad jurídica que subraya el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) en su auto de reenvío.³³

74. La propia Directiva 2014/24 contempla la posibilidad de que, a raíz de una reestructuración empresarial (debida, *inter alia*, a un proceso de fusión), un nuevo contratista sustituya al designado como adjudicatario, sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación.³⁴ De cumplirse las condiciones a las que el legislador ha sometido esa posibilidad,³⁵ no encuentro razón para que esa previsión no pueda también aplicarse al caso de un procedimiento en curso.³⁶

75. En fin, no está de más subrayar que una eventual causa de exclusión por este motivo debía aparecer de *modo expreso* en los documentos del procedimiento, en las normas nacionales o en las normas de la Unión que lo rigen. No sucede así en este asunto, por lo que son plenamente aplicables las argumentaciones de la sentencia *Specializuotas transportas*³⁷ sobre «el hecho de imponer a los licitadores [una] obligación [que] no figura ni en el derecho nacional aplicable ni en la licitación o en el pliego de condiciones, [pues] no constituiría un requisito claramente definido, en el sentido de la jurisprudencia mencionada».³⁸

32 A tenor del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (DO 2011, L 110, p. 1), se considera «fusión por absorción» la operación por la que «una o varias sociedades transfieren a otra, como consecuencia de una disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio activa y pasivamente mediante la atribución a los accionistas de la o las sociedades absorbidas de acciones de la sociedad absorbente y, eventualmente, de una compensación en dinero que no supere el 10 % del valor nominal de las acciones atribuidas o, a falta de valor nominal, de su valor contable».

33 «Si los principios deducibles del artículo 28, apartado 2, se entendieran en un sentido tan amplio, las consecuencias serían difícilmente gestionables por los poderes adjudicadores y se produciría el riesgo continuo de producir la invalidez *ex post* de los actos de adjudicación [...] en evidente contraste con el principio general de estabilidad de las situaciones jurídicas» (apartado 8.3 *in fine* del auto de reenvío).

34 El supuesto de hecho concretamente contemplado en el artículo 72, apartado 1, letra d), inciso ii), es el siguiente: «la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva».

35 Posibilidad que se explica tanto en aras del principio de conservación del contrato como para no perjudicar eventuales cambios en el accionariado, interfiriendo en el normal desarrollo de operaciones societarias. Estas últimas podrían quedar condicionadas si los cambios sobrevenidos en el capital tuvieran repercusiones negativas en los procedimientos restringidos de contratación. Las sociedades resultarían, pues, impedidas de acometer procesos de reestructuración empresarial.

36 A tenor del considerando centésimo décimo de la Directiva 2014/24, «[...] el licitador adjudicatario que ejecute el contrato ha de poder, en particular cuando el contrato haya sido adjudicado a más de una empresa, experimentar ciertos cambios estructurales, como reorganizaciones puramente internas, absorciones, concentraciones y adquisiciones o insolvencia, durante la ejecución del contrato. Estos cambios estructurales no deben exigir automáticamente nuevos procedimientos de contratación para todos los contratos públicos ejecutados por dicho licitador».

37 Sentencia de 17 de mayo de 2018 (C-531/16, EU:C:2018:324).

38 *Ibidem*, apartado 24.

3. El principio de igualdad de trato con (el resto de) los operadores seleccionados

76. Partiendo de la continuidad entre los dos operadores preseleccionados (la sociedad absorbente y la absorbida), opino que no hay motivos para advertir una quiebra del principio de igualdad de trato con respecto a los demás licitadores. Ninguno de estos últimos se hallará abocado a competir con un operador económico enteramente ajeno al procedimiento restringido, sino con quien guarda una innegable conexión *material* con los dos operadores que habían sido también preseleccionados y han debido someterse al mismo procedimiento de evaluación.

77. No habría, por tanto, quiebra alguna del principio de igualdad de trato *en el momento de la presentación de las ofertas*, que es el que aquí fundamentalmente importa. Con independencia de que después se haya fusionado con otro de los operadores preseleccionados, lo cierto es que también Enel Open Fiber superó el procedimiento de preselección, siendo sus circunstancias radicalmente distintas de las de un tercero que hubiera sido invitado sin necesidad de seguir el procedimiento que debieron observar los operadores admitidos al procedimiento restringido.

78. El principio de igualdad de trato entre los licitadores, que tiene como objetivo favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que acuden a una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los pormenores de sus ofertas. Implica, pues, que estas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores,³⁹ extendiéndose su eficacia al conjunto del procedimiento de adjudicación del contrato, en especial, tanto al momento de preparar sus candidaturas como al de su valoración por el poder adjudicador.⁴⁰

79. Que la fusión de los dos operadores se realizara en un momento posterior a la fecha límite de presentación de ofertas, pero *previo a la clasificación definitiva de estas*,⁴¹ ¿pudo perjudicar a los restantes licitadores por colocarlos en una situación de desigualdad? No lo creo. Lo decisivo es que el contrato se adjudique en definitiva a quien cumpla con las condiciones establecidas en la convocatoria, en el entendido de que el adjudicatario no habrá recibido un tratamiento privilegiado a lo largo del procedimiento.

80. En particular, por lo que aquí interesa, al ser un procedimiento restringido, resultaron factores relevantes:

- Por un lado, que Enel Open Fiber fue debidamente preseleccionado y mantuvo su personalidad jurídica incólume, aun cuando su estructura accionarial se modificara al absorber a otro licitador.
- Por otro lado, que Metroweb Sviluppo, el licitador absorbido, no presentó finalmente ninguna oferta, a pesar de haber sido preseleccionado. Este dato implica que, en último extremo, la fusión de los dos operadores se tradujo en la presentación de una única oferta.

81. En verdad, ni siquiera era absolutamente indispensable la renuncia de Metroweb a su candidatura, en términos de la garantía del principio de igualdad de trato, pues el Tribunal de Justicia ha declarado que los licitadores vinculados entre sí pueden presentar ofertas simultáneamente en un mismo procedimiento, siempre que no sean «ofertas coordinadas o concertadas, a saber, no autónomas ni independientes, susceptibles de otorgarles ventajas injustificadas con respecto a los otros licitadores».⁴²

39 Sentencia de 12 de marzo de 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), apartado 33, con cita de jurisprudencia.

40 Por todas, sentencia de 16 de diciembre de 2008, Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:731), apartado 45.

41 Como ya se ha expuesto (punto 17), la fusión tuvo lugar el 23 de enero de 2017, mientras que la clasificación provisional de los adjudicatarios de los cinco lotes se hizo pública el día 24 siguiente.

42 Specialzuotas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324), apartado 29.

82. En puridad, los eventuales riesgos de colusión que pudieran suscitarse con ocasión de la operación de fusión no tendrían propiamente que ver con un cambio en la identidad material de Enel Open Fiber, sino con que hubiera habido contactos indebidos entre dos de los licitadores, con independencia de que se encontraran o no incursos en un procedimiento de fusión.

83. Nada permite suponer que las de Metroweb Sviluppo y Enel Open Fiber fueran unas ofertas coordinadas o concertadas y, en cualquier caso, solo una de ellas se presentó finalmente, lo que elimina el riesgo de colusión.

84. Es más, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) descarta de forma expresa que el acuerdo de fusión pretendiera eludir las normas de competencia y que «estuviera sustancialmente destinado a alterar el equilibrio de la licitación, en perjuicio de los demás licitadores y del propio órgano de contratación [...] No puede afirmarse que la operación de concentración realizada en aplicación del acuerdo marco de 10 de octubre de 2016 represente, de suyo, una práctica colusoria entre los participantes en la licitación».⁴³

85. Con todo, cabría preguntarse en qué casos una fusión *in fieri* tiene aptitud para perjudicar al principio de igualdad. No excluyo que, en abstracto, así pueda ocurrir cuando, con infracción del artículo 7, apartado 1, del Reglamento comunitario de concentraciones,⁴⁴ la fusión haya empezado *de facto* a ser operativa, haciendo posible un intercambio de información entre los operadores afectados —y preseleccionados— que pudiera ponerlos en una situación de ventaja respecto de los restantes licitadores.⁴⁵

86. Compete al juez de reenvío discernir si así sucedió en este asunto, aunque, repito, su parecer, tal como lo recoge el auto de reenvío, es que la fusión estructural de las dos sociedades «está muy lejos de un acuerdo colusorio entre dos licitadores que pretenden modificar el equilibrio de una única licitación».⁴⁶

87. En suma, la presentación de una oferta por parte de un licitador en curso de fusión con otro licitador también seleccionado no es incompatible con el artículo 28, apartado 2, de la Directiva 2014/24, salvo si ambos operadores coordinan o conciertan su actuación, en el marco del procedimiento restringido de contratación, de una manera que les permita disfrutar de ventajas injustificadas con respecto a los otros licitadores, lo que corresponde determinar al juez nacional.

⁴³ Auto de reenvío, apartado 8.4.

⁴⁴ En cuya virtud, «[u]na concentración de dimensión comunitaria [...] o una concentración que haya de ser examinada por la Comisión [...] no podrá ejecutarse antes de ser notificada ni hasta que haya sido declarada compatible con el mercado común en virtud de una decisión [...]».

⁴⁵ Se trataría de los supuestos contemplados en el apartado 29 de la sentencia *Specializuotas transportas* (C-531/16, EU:C:2018:324), antes transcrito. Podría, eventualmente, darse esta hipótesis si, iniciado el proceso de fusión antes de la presentación de ofertas, su ejecución material (e ilícita) previa a la Decisión de la Comisión hubiera condicionado el contenido de la oferta de Enel Open Fiber de modo análogo al que sucedería si esa misma empresa y Metroweb Sviluppo se hubieran coordinado para alinear sus conductas a lo largo de las sucesivas fases del procedimiento, en detrimento de los restantes operadores.

⁴⁶ Auto de reenvío, apartado 8.4.

V. Conclusión

88. A tenor de lo expuesto, sugiero al Tribunal de Justicia responder al Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia) en los siguientes términos:

«El artículo 28, apartado 2, de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que, en un procedimiento restringido, se admita a la fase de evaluación de ofertas a un operador económico que ha celebrado un acuerdo de fusión por absorción de otro operador económico igualmente seleccionado, siempre que:

- dicho acuerdo de fusión no se haya ejecutado ni jurídica ni materialmente antes de la fase de presentación de ofertas; y
- ambos operadores no hayan coordinado o concertado su actuación, en el marco del procedimiento restringido de contratación, de una manera que les permita disfrutar de ventajas injustificadas con respecto a los otros licitadores, lo que corresponde determinar al juez nacional.»