



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZA-BORDONY
przedstawiona w dniu 23 stycznia 2019 r.¹

Sprawa C-697/17

Telecom Italia SpA
przeciwko
Ministero dello Sviluppo Economico,
Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia SpA (Infratel Italia SpA),
przy udziale:
Open Fiber SpA

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy)]

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2014/24/UE – Przetarg ograniczony – Wykonawcy dopuszczeni do przedstawienia oferty – Procedura łączenia przez przejęcie przeprowadzona w toku postępowania o udzielenie zamówienia – Konieczność zachowania tożsamości prawnej pomiędzy etapem preselekcji a przedstawieniem oferty

1. W niniejszym odesłaniu prejudycjalnym Consiglio di Stato (rada stanu, Włochy) podnosi kwestię, czy spółka początkowo wybrana w przetargu ograniczonym zachowuje zgodnie z dyrektywą 2014/24/UE² „tożsamość prawną i materialną”, w przypadku gdy spółka ta dokonuje połączenia przez przejęcie z inną spółką, również wybraną, która ostatecznie nie przedstawiła żadnej oferty.
2. Niniejsza sprawa jest w pewnym sensie odwrotnością sprawy, w której zapadł wyrok MT Højgaard i Züblin³, w której to sprawie oferent wybrany w ramach preselekcji wchodził w skład grupy przedsiębiorstw, która następnie uległa rozwiązaniu. Wątpliwości dotyczyły wówczas tego, czy oferent po rozwiązaniu grupy mógł nadal we własnym imieniu uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie procedury negocjacyjnej.
3. Przed Trybunałem pojawia się zatem ponownie szansa rozwinięcia dotychczasowego orzecznictwa w przedmiocie wymogu tożsamości wykonawców wybranych w ramach preselekcji i tych, którzy składają oferty.

¹ Język oryginału: hiszpański.

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).

³ Wyrok z dnia 24 maja 2016 r. (C-396/14, EU:C:2016:347).

I. Ramy prawne

A. Prawo Unii. Dyrektywa 2014/24

4. Artykuł 8 stanowi:

„Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych i konkursów, których głównym celem jest umożliwienie instytucjom zamawiającym udostępnienia lub eksploatacji publicznych sieci łączności lub świadczenia ogółowi społeczeństwa usługi lub usług łączności elektronicznej.

Na użytek niniejszego artykułu »publiczna sieć łączności« oraz »usługa łączności elektronicznej« mają takie samo znaczenie jak w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/21/WE^[4]”.

5. Zgodnie z art. 18 ust. 1:

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

Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców”.

6. Zgodnie z brzmieniem art. 28:

„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.

[...]”.

B. Prawo krajowe. *Codice dei contratti pubblici (kodeks zamówień publicznych)*⁵

7. Artykuł 61 ust. 3 stanowi:

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

⁴ Dyrektywa z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) (Dz.U. 2002, L 108 s. 33).

⁵ Decreto Legislativo nr 50 z dnia 18 kwietnia 2016 r. (GURI nr 91 z dnia 19 kwietnia 2016 r., dodatek zwyczajny nr 10), który transponuje między innymi przepisy dyrektywy 2014/24 (zwany dalej „CCP”).

8. Zgodnie z art. 48 ust. 11:

„W przypadku procedur ograniczonych lub negocjacyjnych albo dialogu konkurencyjnego indywidualnie zaproszony wykonawca lub indywidualnie dopuszczony do procedury dialogu konkurencyjnego kandydat może złożyć ofertę lub negocjować na swoją rzecz lub jako przedstawiciel grupy wykonawców”.

II. Okoliczności faktyczne i pytanie prejudycjalne

9. Infratel Italia SpA (zwana dalej „Infratel”), w imieniu Ministero dello Sviluppo economico (ministerstwa rozwoju gospodarczego, Włochy), ogłosiła przetarg ograniczony w celu udzielenia koncesji na budowę i utrzymanie publicznej ultraszerokopasmowej sieci pasywnej oraz zarządzanie nią na określonych obszarach.

10. Podzielony na pięć części (stosownie do obszarów geograficznych) przetarg ograniczony miał następujące etapy:

- a) złożenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (do dnia 18 lipca 2016 r.);
- b) wysłanie wybranym wykonawcom zaproszeń do udziału (do dnia 9 sierpnia 2016 r.); oraz
- c) złożenie ofert (do dnia 17 października 2016 r.).

11. Kandydatury przedłożyli: Telecom Italia SpA (zwana dalej „Telecom Italia”), Metroweb Sviluppo SpA (zwana dalej „Metroweb Sviluppo”) i Enel Open Fiber SpA (zwana dalej „Enel Open Fiber”)⁶, a także inni wykonawcy (pierwszy etap przetargu). Oferty te zostały zaakceptowane przez Infratel, która zaprosiła wymienione spółki do udziału w charakterze zakwalifikowanych oferentów.

12. Metroweb Sviluppo, pomimo tego, że została wybrana w tym drugim etapie, nie złożyła żadnej oferty, faktycznie rezygnując w ten sposób z udziału w przetargu.

13. W dniu 9 stycznia 2017 r. Infratel opublikowała listę dopuszczonych oferentów, a w dniu 24 stycznia 2017 r. tymczasową klasyfikację wybranych oferentów. Enel Open Fiber zajmowała pierwsze miejsce w pięciu częściach, podczas gdy Telecom Italia zajmowała zawsze miejsce drugie, poza częścią nr 4, gdzie zajmowała miejsce trzecie.

14. Po ogłoszeniu wyników procedury Telecom Italia uzyskała wgląd do akt posiadanych przez instytucję zamawiającą, w wyniku czego stwierdziła, że w czasie pomiędzy etapem preselekcji a terminem składania ofert (17 października 2016 r.) Metroweb Sviluppo i Enel Open Fiber przeprowadziły złożoną transakcję korporacyjną.

15. Źródłem tej transakcji była koncentracja przedsiębiorstw, w drodze której spółki Enel SpA (zwana dalej „Enel”) i Cassa Depositi e Prestiti SpA (zwana dalej „CDP”), poprzez spółkę zależną CDP Equity SpA. (zwaną dalej „CDPE”), uzyskały wspólną kontrolę nad spółką powstałą w wyniku połączenia Enel Open Fiber z Metroweb Italia SpA (zwaną dalej „Metroweb Italia”).

16. Zgodnie z zawartą w dniu 10 października 2016 r. pomiędzy spółką *holdingową* Enel (która kontrolowała Enel Open Fiber) i Metroweb Italia (która kontrolowała Metroweb Sviluppo) „ramową umowę inwestycyjną” transakcja polegała na tym, że:

- Enel i CDPE przejęły po 50% kapitału zakładowego spółki Enel Open Fiber;

⁶ Open Fiber jest nazwą Enel Open Fiber od grudnia 2016 r.

- Enel Open Fiber nabyła 100% kapitału zakładowego Metroweb Italia;
- nastąpiło połączenie przez przejęcie przez Metroweb Italia niektórych spółek z grupy Metroweb Italia, w tym Metroweb Sviluppo;
- Enel Open Fiber połączyła się ze spółką powstałą w wyniku połączenia grupy Metroweb Italia, co doprowadziło do powstania „nowej Enel Open Fiber”⁷.

17. W wykonaniu tej umowy, w dniu 17 października 2016 r., Metroweb Sviluppo (uczestnicząca w postępowaniu przetargowym) została przejęta przez grupę Metroweb. W dniu 23 stycznia 2017 r. dokonano się połączenie przez przejęcie Metroweb przez Open Fiber.

18. Projekt koncentracji został w dniu 10 listopada 2016 r. zgłoszony Komisji Europejskiej⁸ na podstawie rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004⁹. Decyzją z dnia 15 grudnia 2016 r. Komisja zdecydowała się nie wyrażać sprzeciwu wobec transakcji¹⁰.

19. 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 (regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum, Włochy), który je oddalił w pięciu wyrokach o podobnej treści.

20. W tej sytuacji Telecom Italia wniosła pięć apelacji do Consiglio di Stato (rady stanu), która postanowiła zawiesić postępowanie i przedłożyć, w trybie prejudycjalnym następujące pytanie:

„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?”.

21. Sąd odsyłający podnosi, że sporne postępowanie nie jest w całości regulowane przez dyrektywę 2014/24 lub dyrektywę 2014/23/UE¹¹, lecz jedynie przez zasady zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, zgodnie z którymi zastosowanie miał art. 61 CCP, który transponuje art. 28 dyrektywy 2014/24.

⁷ Zobacz pkt 9 decyzji Komisji z dnia 15 grudnia 2016 r. uznającej koncentrację za zgodną z rynkiem wewnętrznym oraz funkcjonowaniem porozumienia EOG (sprawa M.8234 – Enel/CDP Equity/Cassa Depositi e Prestiti/Enel Open Fiber/Metroweb Italia).

⁸ Dz.U. 2016, C 427, s. 5.

⁹ Rozporządzenie Rady z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw („rozporządzenie w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw”) (Dz.U. 2004, L 24, s. 1).

¹⁰ Dz.U. 2017, C 15, s. 1.

¹¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.U. 2014, L 94, s. 1).

22. W samym zaproszeniu przewidziano również, że w postępowaniu zostanie wybrana oferta najkorzystniejsza ekonomicznie, w oparciu o najlepszy stosunek jakości do ceny w rozumieniu art. 95 CCP, który transponuje art. 67 tej samej dyrektywy.

23. Zdaniem sądu odsyłającego wątpliwe jest, aby w kontekście procedury ograniczonej określonej w art. 28 dyrektywy 2014/24 możliwe było zastosowanie zasady tożsamości prawnej i materialnej sformułowanej przez Trybunał w sprawie MT Højgaard i Züblin¹².

24. Consiglio di Stato (rada stanu) zauważa, że zakończona w styczniu 2017 r. transakcja połączenia w momencie przedstawienia ofert (październik 2016 r.) dopiero się rozpoczęła, w związku z czym struktura Enel Open Fiber nie została jeszcze zmieniona. W rezultacie, w jej opinii, nie jest możliwe wykazanie, że poprzez umowę o połączeniu, która spowodowała stałą i strukturalną zmianę spółek, których dotyczyła, zaangażowane strony chciały dokonać koncentracji w celu zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

III. Postępowanie przed Trybunałem i stanowisko stron

25. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym został zarejestrowany w Trybunale Sprawiedliwości w dniu 11 grudnia 2017 r. Uwagi na piśmie złożyły: Telecom Italia, Infratel, Open Fiber, Urząd Nadzoru EFTA, rząd włoski oraz Komisja. W rozprawie, która miała miejsce w dniu 15 listopada 2018 r., wzięły udział wszystkie strony postępowania, z wyjątkiem Urzędu Nadzoru EFTA.

26. Telecom Italia podnosi, że w kontekście programu łączenia przez przejęcie to tożsamość materialna wybranej w ramach preselekcji spółki przejmującej uległa, jeszcze przed tożsamością prawną, zmianie, co sprawia, że połączenie jest sprzeczne z zasadą wynikającą z art. 28 ust. 2 dyrektywy 2014/24.

27. Telecom Italia twierdzi ponadto, że sąd odsyłający nie docenił złożoności spornej transakcji, ograniczając się do zbadania tożsamości podmiotowej i formalnej Enel Open Fiber w ostatecznym terminie przedstawienia ofert, rozbijając na części całościowy program stopniowej integracji z Metroweb Sviluppo. W rzeczywistości, w jego opinii, był to całościowy program, który, niezależnie od zasady zakazu zmowy, został zapoczątkowany obowiązkową umową ramową zawartą w okresie pomiędzy dokonaniem preselekcji a ostatecznym terminem składania ofert i rozpoczęty w toku procedury przetargowej, a zakończony po ostatecznym udzieleniu zamówienia, ale przed podpisaniem umowy. Umowa ramowa łączyła jej zdaniem obie spółki w jedno centrum decyzyjne od etapu zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, co pozwoliło Metroweb Sviluppo nie składać oferty, gwarantując jednocześnie możliwość, że zostanie wybrana, tak jakby ją złożyła. Sytuacja taka powinna podlegać sankcjom w ten sam sposób, jakby to samo centrum decyzyjne przedstawiło dwie oferty.

28. Infratel uważa, że pytanie prejudycjalne jest niedopuszczalne jako hipotetyczne, gdyż sąd odsyłający nie ma wątpliwości odnośnie do interpretacji mającego zastosowanie w sprawie prawa Unii i już wypowiedział się co do przedmiotu sporu w postępowaniu głównym. Tytułem ewentualnym podnosi, że nie doszło do żadnej zmiany podmiotów wybranych w ramach preselekcji w stosunku do tych, które przedstawiły oferty. W momencie składania oferty Enel Open Fiber działała jako jeden podmiot, o takim samym składzie jak na etapie preselekcji. Połączenie nie zmieniło jej osobowości prawnej, zatem jej tożsamość pokrywa się z tożsamością spółki wybranej w ramach preselekcji.

29. Open Fiber również wskazuje na niedopuszczalność pytania prejudycjalnego.

- Po pierwsze dlatego, że dotyczy ona zgodności umowy ramowej z dyrektywą 2014/24, chociaż jej zgodność z prawem nie jest kwestionowana w postępowaniu głównym.

¹² Sprawa C-396/14, EU:C:2016:347.

- Po drugie dlatego, że ponieważ chodzi tu o koncesję na budowę sieci łączności, zastosowanie miałyby dyrektywa 2014/23, ale ani ona, ani dyrektywa 2014/24 nie znajdują zastosowania ze względu na ustanowiony w nich wyjątek dotyczący sieci i usług łączności. Nie można uznać, że w dokumentach postępowania odesłano do art. 28 dyrektywy 2014/24.
- Po trzecie dlatego, że domniemany zakaz łączenia przez przejęcie spółek wybranych w ramach preselekcji nie stanowi zasady nierozzerwalnie związanej z porządkiem prawnym Unii.
- Po czwarte dlatego, że sąd odsyłający nie ma żadnej wątpliwości odnośnie do interpretacji prawa Unii.

30. Odnosząc się co do meritum, Open Fiber podziela stanowisko zaprezentowane przez sąd odsyłający i stwierdza, że zaproszenie jej do etapu oceny ofert nie jest sprzeczne z art. 28 dyrektywy 2014/24 ani z orzecznictwem Trybunału.

31. Rząd włoski opowiada się również za niedopuszczalnością pytania, twierdząc, że sąd odsyłający ogranicza się do przytoczenia w sposób ogólny zasady prawa Unii i przyznaje, że nie zachodzi związek pomiędzy sporną sytuacją a tą zasadą, ponieważ oferta Enel Open Fiber została złożona przez tę samą osobę prawną uprawnioną do udziału w przetargu ograniczonym.

32. Odnosząc się do meritum, rząd włoski podnosi, że z art. 51 ust. 2 dyrektywy 2004/17/WE¹³ wynika konieczność pełnej tożsamości gospodarczej i prawnej pomiędzy wykonawcą zaproszonym do udziału a wykonawcą składającym ofertę. Niemniej jednak art. 28 ust. 2 dyrektywy 2014/24 wprowadził mniej restrykcyjny wymóg.

33. Zdaniem rządu włoskiego ani z przepisów prawa krajowego, ani z ogólnych zasad prawa Unii nie wynika, że łączenie przez przejęcie spółek wybranych w ramach preselekcji, zatwierdzone przez Komisję i zakończone po przedstawieniu oferty przez spółkę przejmującą, stanowi transakcję niezgodną z prawem.

34. Zdaniem Urzędu Nadzoru EFTA wymóg dotyczący tożsamości nie zostaje naruszony, w przypadku gdy, jak to w jego opinii ma miejsce w niniejszej sprawie, z jednej strony wykonawca przedstawiający ostatecznie ofertę spełnia warunki określone przez instytucję zamawiającą, a z drugiej strony dopuszczenie do złożenia oferty przez tego wykonawcę nie stawia innych konkurentów w niekorzystnej sytuacji. Wymóg tożsamości, który w żadnym wypadku nie ma charakteru bezwzględnego, nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy prowadzącej do połączenia dwóch wykonawców wybranych w ramach preselekcji w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

35. Komisja jest zdania, że pytanie prejudycjalne powinno zostać przeformułowane, gdyż może ono sugerować, że Trybunał jest pytany o zgodność z prawem umowy o połączeniu.

36. Komisja podnosi, że kryteria określone w wyroku MT Højgaard i Züblin¹⁴ w związku z dyrektywą 2004/17 można zastosować *mutatis mutandis* w analogicznych okolicznościach, w których zastosowanie ma dyrektywa 2014/24. Zaznacza jednak, że stan faktyczny, w jakim zapadł tamten wyrok, bardzo różni się od rozpatrywanego obecnie. W niniejszej sprawie nie miała miejsca, jak w tamtej, żadna zmiana tożsamości pomiędzy momentem preselekcji dopuszczonych wykonawców a momentem przedstawienia ofert.

¹³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. 2004, L 134, s. 1).

¹⁴ Sprawa C-396/14, EU:C:2016:347.

37. Komisja kwestionuje, by zawarcie umowy połączenia przez przejęcie samo w sobie oznaczało pogorszenie sytuacji konkurencyjnej pozostałych konkurentów lub naruszenie zasady równego traktowania. Ryzyko to można wykluczyć, jeżeli z jednej strony, zgodnie z art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, strony nie przeprowadziły, chociażby częściowo, koncentracji ani nie wymieniły z wyprzedzeniem istotnych informacji, które mogłyby wpłynąć na ich zachowanie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a z drugiej strony wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu wiedzieli o zawarciu umowy o połączeniu.

38. W ocenie Komisji nie ma znaczenia, że spółka przejęta zrezygnowała z udziału w przetargu ograniczonym. Czynniki te nie mogą mieć wpływu na dopuszczenie spółki przejmującej do etapu oceny ofert, chyba że okazałoby się, że strony częściowo wykonały umowę o połączeniu, wymieniając się istotnymi informacjami, które mogły wpłynąć na ich zachowanie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, naruszając zasadę równego traktowania.

IV. Analiza

A. W przedmiocie dopuszczalności pytania prejudycjalnego

39. Infratel, Open Fiber i rząd włoski uważają, że pytanie prejudycjalne jest niedopuszczalne zarówno z powodu domniemanego braku znaczenia dla postępowania głównego, jak i z powodu rzekomo hipotetycznego charakteru, a także z uwagi na to, że nie odpowiada ono w istocie prawdziwym wątpliwościom sądu odsyłającego.

40. Uważam jednak, że zarzut ten nie powinien zostać uwzględniony.

41. Consiglio di Stato (rada stanu) wskazała, że procedura przetargowa podlega przepisom zawartym w zaproszeniu do ubiegania się o zamówienie, a jeden z nich odwołuje się do art. 61 CCP, transponującego art. 28 dyrektywy 2014/24. Ponadto wśród powodów wniesienia apelacji przez Telecom Italia znajduje się, poza innymi, odnoszącymi się do prawa krajowego, naruszenie zasady tożsamości wymaganej przez prawo Unii¹⁵.

42. Sąd odsyłający, po wykluczeniu podniesionych przez stronę wnoszącą apelację naruszeń prawa wewnętrznego, stwierdził, że do zbadania pozostaje jedynie zarzut oparty na możliwym naruszeniu prawa Unii, „który staje się istotny i decydujący dla rozstrzygnięcia badanego sporu i w przedmiocie którego [sąd ten] uznaje za konieczne przedłożenie pytania prejudycjalnego w rozumieniu art. 267 TFUE”¹⁶.

43. W tych okolicznościach uważam, że należy zastosować domniemanie, że pytania prejudycjalne posiadają znaczenie dla sprawy. Jak wiadomo, domniemanie to może zostać obalone, jednak tylko w przypadku wystąpienia precyzyjnie określonych okoliczności: a) gdy oczywiste jest, że wykładnia lub ocena ważności przepisu prawa Unii, o którą się zwrócono, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub z przedmiotem sporu w postępowaniu głównym; b) gdy problem jest natury hipotetycznej; lub c) gdy Trybunał nie dysponuje informacjami w zakresie stanu faktycznego lub prawnego, które są niezbędne do udzielenia użytecznej odpowiedzi na przedstawione mu pytania¹⁷.

¹⁵ W szczególności Telecom Italia utrzymywała, że nastąpiło „naruszenie niezbędnej zasady tożsamości prawnej i gospodarczej pomiędzy podmiotami wybranymi w ramach preselekcji a tymi, które składają oferty, która w ramach procedury ograniczonej wynika z art. 28 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE oraz z wydanych w tym zakresie wyroków Trybunału Sprawiedliwości” (pkt 7.3 postanowienia odsyłającego).

¹⁶ Punkt 7.4 postanowienia odsyłającego.

¹⁷ Na przykład wyroki: z dnia 16 czerwca 2015 r., Gauweiler i in. (C-62/14, EU:C:2015:400, pkt 24, 25); z dnia 4 maja 2016 r., Pillbox 38 (C-477/14, EU:C:2016:324, pkt 15, 16); z dnia 5 lipca 2016 r., Ognyanov (C-614/14, EU:C:2016:514, pkt 19); z dnia 15 listopada 2016 r., Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, pkt 54); z dnia 28 marca 2017 r. (Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, pkt 50, 155); z dnia 10 lipca 2018 r., Jehovah todistajat (C-25/17, EU:C:2018:551, pkt 31); z dnia 4 października 2018 r., Kantarev (C-571/16, EU:C:2018:807, pkt 44).

44. Moim zdaniem żadna z tych trzech okoliczności nie występuje w niniejszej sprawie. 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 przepisu¹⁸.

45. Sąd odsyłający uważa, że jego interpretacja jest poprawna, ale dopuszcza, że może istnieć też inna, a zatem konieczne jest działanie ze strony Trybunału. Postępując w ten sposób, sąd odsyłający lojalnie współpracuje z Trybunałem w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości, zgodnie z duchem pkt 17 „Zaleceń dla sądów krajowych dotyczących składania wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym”¹⁹.

B. Co do istoty sprawy

46. Komisja słusznie sugeruje zasadność przeformułowania pytania Consiglio di Stato (rady stanu), gdyż może ono wywoływać błędne wrażenie, że odnosi się do zgodności umowy o połączeniu z prawem Unii. W istocie natomiast sąd nie wyraża żadnych wątpliwości co do tej umowy ani nie kwestionuje jej ważności.

47. W konsekwencji spór ogranicza się do rozstrzygnięcia, czy art. 28 ust. 2 dyrektywy 2014/24 uniemożliwia dopuszczenie do etapu oceny ofert (w procedurze ograniczonej) wykonawcy objętego połączeniem, w drodze przejścia, z innym wykonawcą, także wybranym w ramach preselekcji.

48. To jest właśnie pytanie, które podnosi sąd odsyłający, dla którego, jak już wskazałem²⁰, art. 28 ust. 2 dyrektywy 2014/24 jest przepisem mającym zastosowanie (poprzez odesłanie zawarte w przepisach krajowych) w sprawie, w której ma orzec, i od którego wykładni zależy wynik sporu, po rozstrzygnięciu kwestii związanych z prawem wewnętrznym, z którymi mamy w tej sprawie do czynienia.

49. Chociaż na rozprawie Infratel, Open Fiber i rząd włoski nalegały na poddanie dyskusji tej oceny Consiglio di Stato (rady stanu), uważam, że dokonana przez ten sąd wykładnia prawa mającego zastosowanie w sprawie jest rozsądna i wystarczająco umotywowana.

50. Ze względu na wyraźny rozdział funkcji pomiędzy sądami krajowymi a Trybunałem, który charakteryzuje postępowanie z art. 267 TFUE, wyłącznie do Consiglio di Stato (rady stanu), która zna sprawę i która ponosi odpowiedzialność za rozstrzygnięcie, które ma wydać, należy ocena, w świetle okoliczności sprawy, zarówno potrzeby wystąpienia z wnioskiem o wydanie orzeczenia prejudycjalnego, jak i znaczenia dla sprawy pytań, które przedkłada Trybunałowi²¹. Ocena ta wymaga uprzedniego określenia przepisów mających zastosowanie w sprawie, a nie budzi ona w niniejszej sprawie, ze wskazanych wyżej powodów, żadnych zastrzeżeń pod względem zasadności i umotywowania.

18 W punkcie 8.4 in fine postanowienia odsyłającego czytamy, że „do innego wniosku można by dojść w przypadku, gdyby Trybunał był zdania, że prawo Unii zabrania zawierania umów pomiędzy wykonawcami będącymi konkurentami w ramach tego samego postępowania przetargowego, które mają na celu transakcję taką jak połączenie w drodze przejścia, która co do zasady jest przez samo prawo Unii dozwolona”.

19 „Sąd odsyłający może także przedstawić krótko swoje stanowisko co do odpowiedzi, jakiej należałoby udzielić na postawione pytania prejudycjalne”. Stanowisko to „[m]oże [...] być użyteczne dla Trybunału” (Dz.U. 2018, C 257, s. 1).

20 Zobacz pkt 21–23, 41 i 42 niniejszej opinii.

21 Zobacz w szczególności wyrok z dnia 26 czerwca 2007 r., *Ordre des barreaux francophones et germanophone i in.* (C-305/05, EU:C:2007:383, pkt 18).

1. Tożsamość prawna i materialna wykonawców wybranych w przetargu ograniczonym

51. Ostatecznie chodzi o ustalenie, czy art. 28 ust. 2 dyrektywy 2014/24 „wymaga pełnej tożsamości prawnej i gospodarczej pomiędzy wykonawcami wybranymi w ramach preselekcji i tymi, którzy złożą ofertę w ramach przetargu ograniczonego”, w sytuacji, w której dwaj wykonawcy wybrani w ramach preselekcji przeprowadzili połączenie przez przejęcie jednego przez drugiego w następujących okolicznościach:

- projekt połączenia został uzgodniony między momentem dokonania selekcji a momentem przedstawienia ofert, po uzyskaniu zatwierdzenia przez Komisję;
- połączenie wywołało pełne skutki po przedstawieniu oferty przez spółkę przejmującą; i
- spółka przejęta zrezygnowała z udziału w przetargu ograniczonym.

52. Tak zwany „wymóg tożsamości prawnej i materialnej pomiędzy wykonawcami wybranymi w ramach preselekcji a tymi, którzy przedstawiają oferty” znajduje podstawę w art. 51 ust. 3 dyrektywy 2004/17, zgodnie z którym instytucje zamawiające „powinny sprawdzić, czy oferty złożone przez zakwalifikowanych oferentów odpowiadają zasadom i wymogom”. Tak orzekł Trybunał w wyroku MT Højgaard i Züblin²², na który bezpośrednio powołuje się sąd odsyłający.

53. Ta sama zasada została wyrażona w art. 28 ust. 2 dyrektywy 2014/24, zgodnie z którym „oferty mogą składać tylko wykonawcy zaproszeni przez instytucję zamawiającą”.

54. W ostateczności wymóg ten służy ochronie zasady równego traktowania oferentów²³. Jego ścisłe stosowanie powinno prowadzić „do wniosku, że jedynie wykonawcy wybrani w ramach preselekcji jako tacy mogą złożyć oferty i stać się zwycięskimi oferentami”²⁴.

55. Artykuł 28 ust. 2 dyrektywy 2014/24 zmierza do zapewnienia, by przetargi ograniczone w istocie miały taki charakter, to znaczy żeby w ramach tych przetargów oferty mogli przedstawiać tylko wykonawcy zaproszeni przez instytucję zamawiającą, a nie inni. W wyniku zaproszenia postępowanie o udzielenie zamówienia pozostaje *ograniczone* w zakresie podmiotowym.

56. Dopuszczenie do przedstawienia oferty wykonawcy, który nie został wybrany w ramach preselekcji, stawiałoby go w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych wykonawców. Ci ostatni byli w stanie złożyć swoje oferty jedynie po otrzymaniu formalnego zaproszenia do udziału w przetargu (ograniczonym) i po poddaniu ich stosownej ocenie przeprowadzonej przez instytucję zamawiającą.

57. W sprawie MT Højgaard i Züblin Trybunał stwierdził, że zasada tożsamości „może zostać złagodzon[a] w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej”²⁵. To ostatnie stwierdzenie musi być rozumiane w kontekście tamtej sprawy, której stan faktyczny był, jak już wskazałem, dokładnym przeciwieństwem obecnie omawianego.

²² Sprawa C-396/14, EU:C:2016:347, pkt 40.

²³ Zasada ta, „mająca na celu wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienie publiczne wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu treści swych ofert, i oznacza zatem, że oferty wszystkich konkurentów podlegają tym samym warunkom”. Wyrok MT Højgaard i Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), pkt 38.

²⁴ Ibidem, pkt 39.

²⁵ Ibidem, pkt 41.

58. Rzecznik generalny P. Mengozzi właściwie opisał warunki wspomnianej sprawy, przedstawiając „[...] stan faktyczny, w którym grupa dwóch przedsiębiorstw utworzona w formie spółki handlowej, która została wybrana w ramach preselekcji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, uległa rozwiązaniu ze względu na upadłość jednego z dwóch jej członków, a instytucja zamawiająca zezwoliła drugiemu członkowi grupy na kontynuowanie uczestnictwa w postępowaniu zamiast tej grupy i w rezultacie udzieliła mu zamówienia, pomimo że członek ten nie został jako taki wybrany w ramach preselekcji”²⁶.

59. Zatem w przypadku ścisłego zastosowania zasady tożsamości i w konsekwencji dojścia do wniosku, że pozostały członek grupy przedsiębiorstw nie może, jako odrębny podmiot, nadal uczestniczyć w postępowaniu, liczba kandydatów do udzielenia zamówienia zmniejszyłaby się do trzech. Rezultat ten był jednak sprzeczny z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z którym instytucja zamawiająca uznała, że aby konkurencja była zapewniona, potrzebni są co najmniej cztery kandydaci²⁷.

60. Poszukując równowagi pomiędzy zasadą równego traktowania wykonawców, której służy zasada tożsamości, a gwarancją skutecznej konkurencji, w przypadku, w którym zmniejszenie liczby konkurentów mogłoby udaremnić udzielenie zamówienia, Trybunał stwierdził, że nie dochodzi do naruszenia zasady równości, jeżeli „zezwała [się] jednemu z dwóch wykonawców, którzy wchodzili w skład grupy przedsiębiorstw zaproszonej jako taka [...] do składania ofert, na zastąpienie tej grupy w następstwie jej rozwiązania i na udział, we własnym imieniu, w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej, o ile zostało wykazane, po pierwsze, że wykonawca ten *sam spełnia wymogi* określone przez wspomniany podmiot, a po drugie, że jego dalszy udział w tym postępowaniu *nie wiąże się z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej* innych oferentów”²⁸.

61. W niniejszej sprawie nie wskazano, by wykluczenie spółki przejmującej (o co w istocie wnosi Telecom Italia), wraz z wycofaniem się z własnej inicjatywy spółki przejętej, miało oznaczać ograniczenie liczby konkurentów poniżej wymaganego progu, prowadzące do niemożności udzielenia zamówienia.

62. W związku z tym dostosowanie wymogów wynikających z zasady tożsamości nie jest konieczne nie tyle ze względu na zachowanie konkurencji pomiędzy oferentami, co ze względu na zachowanie samej zasady zachowania postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z tym w braku konkretnej i szczególnej okoliczności, która leżała u podstaw rozwiązania przyjętego w wyroku MT Højgaard i Züblin²⁹, co do zasady nie ma przesłanek do „złagodzenia” wymogu tożsamości.

63. Jednakże Trybunał uznał wówczas za stosowne „złagodzić” zasadę tożsamości, wychodząc z założenia, że nie chodziło o to, że ofertę zamierzał złożyć oferent całkowicie inny niż wybrani w ramach preselekcji (co jest, zwracam uwagę, typowym przypadkiem, który miał na myśli prawodawca, formułując art. 28 ust. 2 dyrektywy 2014/24). Trybunał przyznał, że może złożyć ofertę spółka, która ze względu na powiązanie z wykonawcami wybranymi w ramach preselekcji (których w istocie stanowiła część), nie była całkowicie obca postępowaniu.

64. Teraz także mamy do czynienia z przypadkiem, w którym nastąpiła (lub była w toku) zmiana struktury właścicielskiej dwóch wykonawców wybranych w ramach preselekcji, z których jeden przejmuje drugiego. Również w tym przypadku nie chodzi o ingerencję podmiotu trzeciego, całkowicie spoza przetargu ograniczonego.

26 Opinia rzecznika generalnego P. Mengozziego w sprawie MT Højgaard i Züblin (C-396/14, EU:C:2015:774, pkt 48).

27 W ten sposób jest to wytłumaczone w pkt 10 i 42 wyroku MT Højgaard i Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347).

28 Wyrok MT Højgaard i Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, pkt 44), podkreślenie moje.

29 Sprawa C-396/14, EU:C:2016:347.

2. Wpływ połączenia przez przejęcie na tożsamość prawną i materialną wybranego wykonawcy

65. Osobowość prawna Enel Open Fiber, zgodnie z informacjami przekazanymi przez sąd odsyłający, nie uległa żadnej zmianie w dniu, w którym spółka, po tym jak została wybrana w ramach preselekcji, złożyła swoją ofertę, który to dzień jest właśnie tym momentem postępowania o udzielenie zamówienia, o który pyta sąd odsyłający. Zgodnie z jego słowami jej „skład nie został zmieniony w ostatnim dniu terminu do składania ofert”.

66. W tym względzie należy przypomnieć, że jak wskazała Komisja³⁰, było to połączenie przez przejęcie stanowiące część koncentracji o wymiarze unijnym, nie można go więc było przeprowadzić bez uzyskania zgody (a raczej braku sprzeciwu i stwierdzenia zgodności z rynkiem wewnętrznym) ze strony Komisji, co nastąpiło w dniu 15 grudnia 2016 r., czyli dwa miesiące po upływie terminu na składanie ofert.

67. Jednak tym, co naprawdę interesuje sąd odsyłający, jest kwestia, czy okoliczność, że wykonawcy już wybrani w ramach preselekcji przez instytucję zamawiającą znajdowali się już w trakcie negocjacji w sprawie połączenia, nie niosła za sobą pewnej zmiany *materialnej* w osobowości Enel Open Fiber, wystarczającej do stwierdzenia, że ta spółka jako podmiot prawa de facto nie jest tożsama z Enel Open Fiber, która została wybrana w ramach preselekcji.

68. Innymi słowy – wątpliwość sądu polega na tym, czy do wykluczenia z przetargu (ograniczonego) wystarczająca jest okoliczność, że oferent wybrany w ramach preselekcji znajduje się *w trakcie* zmiany struktury właścicielskiej polegającej na przejęciu lub propozycji przejęcia innego, również wybranego w ramach preselekcji, oferenta³¹.

69. Na rzecz wykluczenia można podnieść, że z uwagi na fakt, że proces łączenia ma zakończyć się zmianą strukturalną spółki przejmującej i spółki przejętej, zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców wymagają, aby skutek ten był przewidywany w tym samym momencie, w którym ma już miejsce, wraz z planowaną umową o połączeniu, początek *połączenia materialnego* spółek. Doszłoby wtedy do zerwania ciągłości tożsamości *materialnej* między tym, kto został wybrany w ramach preselekcji, a tym, kto przedstawił ofertę i kto w tym względzie nie byłby już tym samym podmiotem.

70. Uważam jednak, że argument ten nie jest przekonujący. Z jednej strony pomija fakt, że w niniejszej sprawie obu wykonawców (przejmujący i przejęty) zostało przed połączeniem wybranych, w ramach preselekcji, do przedstawienia ofert, tak że można mówić zarówno o utracie *tożsamości materialnej*, jak i o ciągłości tożsamości obu wykonawców, również *materialnej*.

71. Z drugiej strony uważam za nieproporcjonalne realizowanie wymogu *tożsamości materialnej* aż w takim stopniu, w sytuacji gdy chodzi o połączenie spółek przez przejęcie. Przy tego rodzaju transakcji spółka przejmująca zachowuje swoją osobowość prawną i zwiększa swój majątek poprzez włączenie do niego majątku spółki przejętej³². W istocie z *materialnego* punktu widzenia ta zmiana majątku spółki przejmującej nie różni się od tej, która nastąpiłaby w wyniku podwyższenia kapitału

³⁰ Punkt 31 jej uwag na piśmie.

³¹ Jak zauważyła Telecom Italia w uwagach na piśmie (pkt 31): „w tym kontekście nie ma znaczenia [późniejszy] status formalno-prawny spółki przejętej (Metroweb Sviluppo) [...] w istocie wystarczy, że bardziej niż prawna, zmienia się materialna tożsamość spółki przejmującej (Open Fiber) [...], aby połączenie stało się niezgodne z art. 28 ust. 2 dyrektywy 2014/24”.

³² Zgodnie z art. 3 ust. 1 dyrektywy 2011/35/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 kwietnia 2011 r. dotyczącej łączenia się spółek akcyjnych (Dz.U. 2011, L 110, s. 1) przez „łączenie przez przejęcie” rozumie się operację, poprzez którą „jedna spółka lub więcej spółek zostaje rozwiązanych bez postępowania likwidacyjnego i przenosi do innej wszystkie swoje aktywa i pasywa w zamian za wyemitowanie dla akcjonariuszy spółki lub spółek przejmowanych akcji w spółce przejmującej oraz ewentualną dopłatę w gotówce nieprzekraczającą 10% wartości nominalnej tak wyemitowanych akcji lub, w przypadku braku wartości nominalnej, ich wartości księgowej”.

zakładowego, czy też innych podobnych operacji. Jeśli wybrani w ramach preselekcji wykonawcy nie mogliby przeprowadzać tego rodzaju operacji korporacyjnych w trakcie przetargu ograniczonego, gdyż zakłóciłyby to ich *tożsamość materialną*, to ich zdolność do prowadzenia działalności gospodarczej byłaby niepotrzebnie i nieproporcjonalnie obniżona.

72. Na rozprawie Telecom Italia złagodziła swoje uwagi na piśmie, uznając, że tego typu transakcje (włączając w to połączenia) byłyby nieistotne z punktu widzenia, który ma tu znaczenie, gdyby dotyczyły wykonawców spoza postępowania o udzielenie zamówienia. Moim zdaniem przyznaje ona w ten sposób, że jej skarga nie dotyczy zachowania tożsamości materialnej wybranego w ramach preselekcji oferenta (gdyż, zgodnie z jej początkowym stanowiskiem, zmieniłaby się także w przypadku przejścia jakiegokolwiek innej spółki), lecz zagrożeń związanych ze złą, które mogłyby wystąpić w wyniku połączenia z innym kandydatem uczestniczącym w tym samym postępowaniu przetargowym.

73. Zakaz wprowadzania zmian w strukturze własnościowej spółki wybranej w ramach preselekcji w trakcie przetargu ograniczonego mógłby ponadto prowadzić do niepewności prawnej, na co zwraca uwagę Consiglio di Stato (rada stanu) w postanowieniu odsyłającym³³.

74. Sama dyrektywa 2014/24 przewiduje możliwość zastąpienia wykonawcy, któremu udzielono zamówienia publicznego, nowym wykonawcą w następstwie restrukturyzacji przedsiębiorstwa (z uwagi, między innymi, na proces łączenia) bez konieczności wszczynania nowego postępowania o udzielenie zamówienia³⁴. Jeśli warunki przewidziane przez prawodawcę dla skorzystania z tej możliwości są spełnione³⁵, nie widzę powodu, dla którego przepis ten nie mógłby mieć zastosowania także do niniejszego postępowania³⁶.

75. Na koniec warto podkreślić, że ewentualna podstawa wykluczenia z tego powodu powinna w sposób wyraźny znajdować się w dokumentach przetargowych, w przepisach krajowych lub też w mających zastosowanie przepisach Unii. Tak nie jest w tym przypadku, dlatego też w pełni zastosowanie ma argumentacja zawarta w wyroku *Specializuotas transportas*³⁷, dotycząca „[n]małożeń[a] na oferentów obowiązku [...], [który] nie jest zawarty ani w mającym zastosowanie prawie krajowym, ani w ogłoszeniu o zamówieniu czy specyfikacji warunków zamówienia, [i który] nie stanowił[by] [...] [zatem] jasno określonego warunku w rozumieniu przytoczonego w poprzednim punkcie orzecznictwa”³⁸.

33 „Jeśli zasady wywodzone z art. 28 ust. 2 miałyby być rozumiane tak szeroko, to mogłyby spowodować dla instytucji zamawiających trudne do uporania się konsekwencje i powstałoby stałe zagrożenie unieważnienia ex post przyznania zamówienia publicznego [...] w oczywistym kontraście wobec ogólnej zasady stabilności sytuacji prawnych” (pkt 8.3 in fine postanowienia odsyłającego).

34 Przypadek szczegółowo omawiany w art. 72 ust. 1 lit. d) ppkt (ii) jest następujący: „sukcesj[a] uniwersaln[a] lub częściow[a] w prawa i obowiązki pierwotnego wykonawcy, w wyniku restrukturyzacji, w tym przejęcia, połączenia, nabycia lub upadłości, przez innego wykonawcę, który spełnia pierwotnie ustalone kryteria kwalifikacji podmiotowej, pod warunkiem że nie pociąga to za sobą innych istotnych modyfikacji umowy i nie ma na celu obejścia stosowania niniejszej dyrektywy”.

35 Możliwość, która znajduje uzasadnienie zarówno w zasadzie zachowania zamówienia, jak i w tym, by nie przeszkodzić zmianom własnościowym poprzez zakłócenie normalnych operacji korporacyjnych. Te ostatnie mogłyby podlegać warunkom, gdyby zmiany kapitałowe miały negatywny wpływ na przetargi ograniczone. Prowadzenie procesów restrukturyzacyjnych przez te spółki byłoby wówczas zabronione.

36 Zgodnie z brzmieniem motywu 110 dyrektywy 2014/24 „[z]wycięski oferent wykonujący zamówienie powinien [...] mieć możliwość, w szczególności w przypadku, gdy zamówienie zostało udzielone więcej niż jednemu przedsiębiorstwu, przejść w trakcie wykonywania zamówienia pewne zmiany strukturalne, takie jak czysto wewnętrzne reorganizacje, przejęcia, połączenia i nabycia, czy też upadłość. Tego rodzaju zmiany strukturalne nie powinny automatycznie wiązać się z wymogiem przeprowadzenia nowych postępowań o udzielenie zamówienia dla wszystkich zamówień publicznych realizowanych przez tego oferenta”.

37 Wyrok z dnia 17 maja 2018 r. (C-531/16, EU:C:2018:324).

38 Ibidem, pkt 24.

3. Zasada równego traktowania wobec (pozostałych) wykonawców wybranych w ramach preselekcji

76. Z uwagi na ciągłość pomiędzy dwoma wykonawcami wybranymi w ramach preselekcji (spółka przejmująca i spółka przejęta) uważam, że nie ma powodu, aby stwierdzić naruszenie zasady równego traktowania wobec pozostałych oferentów. Żaden z nich nie będzie zmuszony konkurować z wykonawcą całkowicie spoza przetargu ograniczonego, a tylko z takim, który posiada niezaprzeczalny związek *materialny* z dwoma wykonawcami także wybranymi w ramach preselekcji, którzy musieli przejść tę samą procedurę oceny.

77. W momencie przedstawienia ofert nie ma zatem miejsca złamanie zasady równego traktowania, co ma tutaj zasadnicze znaczenie. Niezależnie od tego, czy Enel Open Fiber połączyła się następnie z innym z wybranych w ramach preselekcji wykonawców, jest oczywiste, że również przeszła procedurę preselekcji, co sprawia, że jej sytuacja jest diametralnie inna od sytuacji podmiotu trzeciego, który zostałby zaproszony bez konieczności przejścia procedury, której podlegali wykonawcy dopuszczeni do przetargu ograniczonego.

78. Zasada równego traktowania oferentów, mająca na celu wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienie publiczne, wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu warunków swoich ofert. Wymaga ona zatem, by wszystkie oferty podlegały tym samym warunkom dla wszystkich oferentów³⁹, a jej obowiązywanie obejmuje całe postępowanie o udzielenie zamówienia, w szczególności zarówno w chwili przygotowywania ofert, jak i w chwili dokonywania ich oceny przez instytucje zamawiające⁴⁰.

79. Czy to, że połączenie dwóch wykonawców dokonało się po ostatnim dniu terminu składania ofert, ale *przed ich ostateczną klasyfikacją*⁴¹, mogło zaszkodzić pozostałym konkurentom poprzez naruszenie równości szans? Nie sądzę. Decydujące jest to, że zamówienie zostanie ostatecznie udzielone temu, kto spełnia warunki określone w ogłoszeniu o zamówieniu, przy założeniu, że zwycięski oferent nie był w trakcie postępowania traktowany w sposób uprzywilejowany.

80. W szczególności, w zakresie istotnym dla niniejszej sprawy, w przypadku procedury ograniczonej mają znaczenie następujące czynniki:

- z jednej strony – że Enel Open Fiber została należycie wybrana na etapie preselekcji, a jej osobowość prawna pozostała nienaruszona, chociaż zmieniła się jej struktura właścicielska poprzez przejęcie innego oferenta,
- z drugiej strony – że Metroweb Sviluppo, przejęty oferent, ostatecznie nie złożyła żadnej oferty, mimo że została wybrana w ramach preselekcji. Oznacza to, że ostatecznie połączenie dwóch wykonawców przełożyło się na przedstawienie jednej oferty.

81. W istocie rezygnacja Metroweb ze złożenia oferty nie była nawet absolutnie konieczna, jeżeli chodzi o zachowanie zasady równego traktowania, gdyż Trybunał orzekł, że powiązani oferenci mogą jednocześnie składać oferty w tym samym postępowaniu, pod warunkiem że nie są one „skoordynowan[e] lub uzgodnion[e] [...], czyli [...] [nie jest tak, że] nie są samodzielne i niezależne, [...] [co mogłoby] im tym samym przysporzyć bezpodstawnych korzyści względem pozostałych oferentów”⁴².

39 Wyrok z dnia 12 marca 2015 r., eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo).

40 Zobacz w szczególności wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r., Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:731, pkt 45).

41 Jak już zostało to wskazane (pkt 17), połączenie miało miejsce w dniu 23 stycznia 2017 r., natomiast tymczasowa klasyfikacja zwycięskich oferentów pięciu części została opublikowana następnego dnia, 24 stycznia 2017 r.

42 Wyrok Specializuoatas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324, pkt 29).

82. W istocie ewentualne ryzyko zmywy, które mogłoby pojawić się w wyniku transakcji połączenia, nie miałyby nic wspólnego ze zmianą tożsamości materialnej Enel Open Fiber, lecz łączyłoby się z faktem, że między dwoma oferentami niewłaściwe kontakty istniałyby bez względu na to, czy znajdowali się w toku procedury połączenia, czy nie.

83. Nie ma żadnego powodu, by przypuszczać, że oferty Metroweb Sviluppo i Enel Open Fiber były ofertami skoordynowanymi i uzgodnionymi, a w każdym razie ostatecznie złożono tylko jedną z nich, co wyklucza ryzyko zmywy.

84. Ponadto Consiglio di Stato (rada stanu) wyraźnie wyklucza, by umowa o połączeniu miała na celu obejście reguł konkurencji i że „zasadnicz[o] zmierza[ła] do zmiany równowagi przetargu ze szkodą dla innych oferentów i samej instytucji zamawiającej [...]”. Nie można stwierdzić, że operacja koncentracji przeprowadzona w wykonaniu umowy ramowej z dnia 10 października 2016 r. sama w sobie stanowi zmywę między uczestnikami postępowania przetargowego⁴³.

85. Można jednak zastanawiać się, w jakich przypadkach połączenie w toku postępowania może naruszać zasadę równości. Nie wykluczam, że, in abstracto, może się to zdarzyć, gdy z naruszeniem art. 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw⁴⁴ połączenie de facto zaczęło działać, umożliwiając wymianę informacji między wybranymi w ramach preselekcji wykonawcami, co mogłoby doprowadzić do uzyskania przez nich przewagi konkurencyjnej względem pozostałych konkurentów⁴⁵.

86. Do sądu krajowego należy ustalenie, czy nie miało to miejsca w niniejszej sprawie, chociaż, powtarzam, zdaniem sądu odsyłającego, tak jak to ujął w postanowieniu odsyłającym, połączenie strukturalne dwóch spółek „jest bardzo dalekie od zmywy pomiędzy dwoma oferentami mającymi zamiar zmienić równowagę pojedynczego przetargu”⁴⁶.

87. Podsumowując: przedstawienie oferty przez oferenta znajdującego się w trakcie łączenia z innym oferentem, również wybranym w ramach preselekcji, nie jest niezgodne z art. 28 ust. 2 dyrektywy 2014/24, chyba że wykonawcy ci koordynują lub uzgadniają swoje działanie w ramach przetargu ograniczonego, w sposób pozwalający im na odniesienie nieuzasadnionych korzyści względem pozostałych konkurentów, co powinien ustalić sąd krajowy.

⁴³ Postanowienie odsyłające, pkt 8.4.

⁴⁴ Na mocy którego „[k]oncentracja o wymiarze wspólnotowym [...] lub mająca zostać zbadana przez Komisję [...] nie zostaje wprowadzona w życie ani przed jej zgłoszeniem, ani do czasu uznania jej za zgodną ze wspólnym rynkiem, stosownie do decyzji [...]”.

⁴⁵ Chodzi o przypadki opisane w pkt 29 przywołanego już wyroku *Specializuotas transportas* (C-531/16, EU:C:2018:324). Ewentualnie przypadek ten mógłby mieć miejsce, gdyby po rozpoczęciu procesu łączenia przed przedstawieniem ofert materialne (i niezgodne z prawem) wykonanie połączenia przed wydaniem decyzji Komisji warunkowało treść oferty Enel Open Fiber, analogicznie do tego, jakby ta spółka i Metroweb Sviluppo skoordynowały swoje działania w toku kolejnych etapów postępowania na szkodę pozostałych wykonawców.

⁴⁶ Postanowienie odsyłające, pkt 8.4.

V. Wnioski

88. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby na pytanie Consiglio di Stato (rady stanu, Włochy) Trybunał udzielił następującej odpowiedzi:

Artykuł 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, należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, by w przetargu ograniczonym dopuścić do etapu oceny ofert wykonawcę, który zawarł umowę połączenia przez przejęcie z innym wykonawcą, również wybranym w ramach preselekcji, pod warunkiem że:

- przedmiotowa umowa o połączeniu nie została wykonana ani prawnie, ani materialnie przed etapem przedstawienia ofert; i
- wykonawcy ci nie koordynowali ani nie uzgadniali swojego działania w ramach przetargu ograniczonego, w sposób pozwalający im na odniesienie nieuzasadnionych korzyści względem pozostałych konkurentów, co powinien ustalić sąd krajowy.