



## Συλλογή της Νομολογίας

ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ (πέμπτο τμήμα)

της 11ης Ιουλίου 2019\*

«Προδικαστική παραπομπή – Σύναψη δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και έργων – Οδηγία 2014/24/ΕΕ – Άρθρο 28, παράγραφος 2 – Κλειστή διαδικασία – Οικονομικοί φορείς κληθέντες να υποβάλουν προσφορά – Ανάγκη να διατηρείται η νομική και ουσιαστική ταύτιση του προεπιλεγέντος υποψηφίου με τον υποβάλλοντα την προσφορά – Αρχή της ίσης μεταχείρισεως των προσφερόντων»

Στην υπόθεση C-697/17,

με αντικείμενο αίτηση προδικαστικής αποφάσεως δυνάμει του άρθρου 267 ΣΛΕΕ, που υπέβαλε το Consiglio di Stato (Συμβούλιο της Επικρατείας, Ιταλία) με απόφαση της 19ης Οκτωβρίου 2017, η οποία περιήλθε στο Δικαστήριο στις 11 Δεκεμβρίου 2017, στο πλαίσιο της δίκης

**Telecom Italia SpA**

κατά

**Ministero dello Sviluppo Economico,**

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

παρισταμένης της:

**OpEn Fiber SpA,**

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ (πέμπτο τμήμα),

συγκείμενο από τους E. Regan, πρόεδρο τμήματος, K. Lenaerts, Πρόεδρο του Δικαστηρίου, ασκούντα καθήκοντα δικαστή του πέμπτου τμήματος, K. Λυκούργο, E. Juhász (εισηγητή) και I. Jarukaitis, δικαστές,

γενικός εισαγγελέας: M. Campos Sánchez-Bordona

γραμματέας: R. Žeres, διοικητική υπάλληλος,

έχοντας υπόψη την έγγραφη διαδικασία και κατόπιν της επ' ακροατηρίου συζητήσεως της 15ης Νοεμβρίου 2018,

λαμβάνοντας υπόψη τις παρατηρήσεις που υπέβαλαν:

- η Telecom Italia SpA, εκπροσωπούμενη από τους F. Lattanzi, F. Cardarelli και F.S. Cantella, avvocati,

\* Γλώσσα διαδικασίας: η ιταλική.

- η Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA, εκπροσωπούμενη από την F. Isgrò, και τους P. Messina και D. Cutolo, avvocati,
- η OpEn Fiber SpA, εκπροσωπούμενη από την L. Torchia, avvocatessa,
- η Ιταλική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από την G. Palmieri, επικουρούμενη από τον G. Aiello, avvocato dello Stato,
- η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, εκπροσωπούμενη από τους G. Conte και P. Ondrůšek καθώς και από την T. Vecchi,
- η Εποπτεύουσα Αρχή της ΕΖΕΣ, εκπροσωπούμενη από τους M. Sánchez Rydelski και C. Zatschler,

αφού άκουσε τον γενικό εισαγγελέα που ανέπτυξε τις προτάσεις του κατά τη συνεδρίαση της 23ης Ιανουαρίου 2019,

εκδίδει την ακόλουθη

### Απόφαση

- 1 Η αίτηση προδικαστικής αποφάσεως αφορά την ερμηνεία του άρθρου 28, παράγραφος 2, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ 2014, L 94, σ. 65, και διορθωτικό ΕΕ 2016, L 135, σ. 120).
- 2 Η αίτηση αυτή υποβλήθηκε στο πλαίσιο πέντε προσφυγών που άσκησε η Telecom Italia SpA, με αίτημα την ακύρωση των αποφάσεων που είχε εκδώσει η Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA (στο εξής: Infratel), εταιρία επιφορτισμένη, εκ μέρους του Ministero dello Sviluppo Economico (Υπουργείου Οικονομικής Αναπτύξεως, Ιταλία), με τη διαχείριση των έργων για τη δημιουργία δικτύου ευρείας και υπερευρείας ζώνης στην Ιταλία, όσον αφορά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων για την κατασκευή, συντήρηση και διαχείριση των δημοσίων δικτύων υπερευρείας ζώνης σε διάφορες περιφέρειες της Ιταλίας (Abruzzo, Molise, Emilia-Romagna, Λομβαρδία, Τοσκάνη και Βένετο).

### Το νομικό πλαίσιο

#### *Το δίκαιο της Ένωσης*

#### *Η οδηγία 2004/17/ΕΚ*

- 3 Το άρθρο 51, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/17/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών (ΕΕ 2004, L 134, σ. 1), προέβλεπε τα εξής:

«Οι αναθέτοντες φορείς ελέγχουν τη συμβατότητα των προσφορών που έχουν υποβάλει οι επιλεγμένοι προσφέροντες προς τους κανόνες και τις απαιτήσεις που ισχύουν για τις προσφορές και αναθέτουν τη σύμβαση βάσει των κριτηρίων που προβλέπονται στα άρθρα 55 και 57.»

*Η οδηγία 2014/24*

- 4 Κατά το άρθρο 2, παράγραφος 1, σημείο 12, της οδηγίας 2014/24, ως «υποψήφιος» νοείται «οικονομικός φορέας που έχει ζητήσει να του αποσταλεί ή έχει λάβει πρόσκληση συμμετοχής σε κλειστή διαδικασία, σε ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σε ανταγωνιστικό διάλογο ή σε σύμπραξη καινοτομίας».
- 5 Το άρθρο 28 της εν λόγω οδηγίας, το οποίο επιγράφεται «Κλειστή διαδικασία», έχει ως εξής:

«1. Στις κλειστές διαδικασίες, μπορεί να υποβάλλει αίτηση συμμετοχής στο πλαίσιο προκήρυξης διαγωνισμού που περιλαμβάνει τις πληροφορίες που ορίζονται στο παράρτημα V μέρος Β ή Γ κατά περίπτωση οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, παρέχοντας τις πληροφορίες για την ποιοτική επιλογή που ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή.

[...]

2. Προσφορά μπορούν να υποβάλλουν μόνο οι οικονομικοί φορείς που προσκαλούνται από την αναθέτουσα αρχή κατόπιν της αξιολόγησης των πληροφοριών που έχουν παρασχεθεί. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να περιορίζουν τον αριθμό κατάλληλων υποψηφίων που θα κληθούν να συμμετάσχουν στη διαδικασία, σύμφωνα με το άρθρο 65.

[...]»

***Το ιταλικό δίκαιο***

- 6 Το decreto legislativo n. 50 – Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (νομοθετικό διάταγμα αριθ. 50 περί μεταφοράς στο εθνικό δίκαιο των οδηγιών 2014/23/ΕΕ, 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ, σχετικά με την ανάθεση συμβάσεων παραχωρήσεως, τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων και τη σύναψη συμβάσεων από φορείς που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών, καθώς και για την αναδιοργάνωση της ρυθμίσεως που έχει εφαρμογή στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων έργων, υπηρεσιών και προμηθειών), της 18ης Απριλίου 2016 (τακτικό συμπλήρωμα της GURI αριθ. 91, της 19ης Απριλίου 2016, στο εξής: κώδικας δημοσίων συμβάσεων), μετέφερε τις προαναφερθείσες οδηγίες στο ιταλικό δίκαιο.
- 7 Το άρθρο 61 του κώδικα δημοσίων συμβάσεων, το οποίο επιγράφεται «Κλειστή διαδικασία», μεταφέρει στο εθνικό δίκαιο το άρθρο 28, παράγραφος 2, της οδηγίας 2014/24. Το ως άνω άρθρο προβλέπει, στην παράγραφο 3, τα εξής:

«Κατόπιν αξιολογήσεως από την αναθέτουσα αρχή των πληροφοριών που έχουν παρασχεθεί, προσφορά μπορούν να υποβάλουν μόνον οι οικονομικοί φορείς που έχουν προσκληθεί προς τούτο.»

### **Η διαφορά της κύριας δίκης και το προδικαστικό ερώτημα**

- 8 Τον Μάιο του 2016 η Infratel προκήρυξε, για λογαριασμό του Υπουργείου Οικονομικής Αναπτύξεως, κλειστή διαδικασία για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων για την κατασκευή, συντήρηση και διαχείριση δημοσίου παθητικού δικτύου υπερευρείας ζώνης στις αποκαλούμενες «λευκές» περιοχές διαφόρων περιφερειών της Ιταλίας (Abruzzo, Molise, Emilia-Romagna, Λομβαρδία, Τοσκάνη και Βένετο).
- 9 Η ως άνω διαδικασία αναθέσεως εντάσσονταν στο πλαίσιο της εφαρμογής του καθεστώτος κρατικών ενισχύσεων SA.41647 (2016/N) («Strategia Italiana Banda Ultra-Larga»), το οποίο κοινοποιήθηκε από τις ιταλικές αρχές στις 10 Αυγούστου 2015 και εγκρίθηκε με απόφαση της Επιτροπής της 30ής Ιουνίου 2016 [C(2016) 3931 τελικό].
- 10 Η εν λόγω διαδικασία αφορούσε την ανάθεση πέντε τμημάτων και περιλάμβανε τα τρία ακόλουθα στάδια:
  - υποβολή αιτήσεων συμμετοχής (έως τις 18 Ιουλίου 2016)·
  - αποστολή στους προεπιλεγέντες φορείς προσκλήσεων υποβολής προσφοράς (έως τις 9 Αυγούστου 2016), και
  - υποβολή προσφορών (έως τις 17 Οκτωβρίου 2016).
- 11 Για καθένα από τα ως άνω πέντε τμήματα, υποβλήθηκαν αιτήσεις συμμετοχής από την Telecom Italia καθώς και, μεταξύ άλλων, από την Metroweb Sviluppo Srl και από την Enel OpEn Fiber SpA (στο εξής: OpEn Fiber). Η Metroweb Sviluppo, καίτοι είχε προεπιλεγεί, δεν υπέβαλε τελικώς προσφορά.
- 12 Η Infratel δημοσίευσε τον κατάλογο των προσφερόντων που είχαν γίνει δεκτοί στις 9 Ιανουαρίου 2017 και τους πίνακες προσωρινής κατατάξεως των αναδόχων στις 24 Ιανουαρίου 2017. Η OpEn Fiber βρισκόταν στην πρώτη θέση για καθένα από τα εν λόγω πέντε τμήματα, ενώ η Telecom Italia είχε λάβει τη δεύτερη θέση, πλην του τμήματος αριθ. 4, ως προς το οποίο βρισκόταν στην τρίτη θέση.
- 13 Δεδομένου ότι η Telecom Italia δεν έμεινε ικανοποιημένη από την έκβαση της σχετικής διαδικασίας, υπέβαλε αίτηση για πρόσβαση στα έγγραφα που περιλαμβάνονται στον σχετικό με την εν λόγω διαδικασία φάκελο.
- 14 Από τα ως άνω έγγραφα προκύπτει ότι, μεταξύ του σταδίου προεπιλογής και της 17ης Οκτωβρίου 2016, καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, η Enel SpA και η Metroweb Italia SpA, εταιρίες χαρτοφυλακίου, συνήψαν, στις 10 Οκτωβρίου 2016, δεσμευτική συμφωνία-πλαίσιο που προέβλεπε ότι η OpEn Fiber θα αποκτούσε το σύνολο των μετοχών της Metroweb SpA, η οποία ήλεγχε τη Metroweb Sviluppo, και ότι η εν λόγω εξαγορά θα συνεπαγόταν, ως εκ τούτου, τη συγχώνευση δι' απορροφήσεως της Metroweb SpA και, κατά συνέπεια, της Metroweb Sviluppo, από την OpEn Fiber. Κατ' εφαρμογήν της εν λόγω συμφωνίας-πλαισίου, η απορρόφηση της Metroweb Sviluppo από την OpEn Fiber αποφασίσθηκε στις 23 Ιανουαρίου 2017.
- 15 Το εν λόγω σχέδιο συγκεντρώσεως είχε κοινοποιηθεί στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή στις 10 Νοεμβρίου 2016, σύμφωνα με τον κανονισμό (ΕΚ) 139/2004 του Συμβουλίου, της 20ής Ιανουαρίου 2004, για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων (ΕΕ 2004, L 24, σ. 1). Με απόφαση της 15ης Δεκεμβρίου 2016 (Υπόθεση M.8234 – Enel/CDP Equity/Cassa Depositi e Prestiti/Enel Open Fiber/Metroweb Italia) (ΕΕ 2017, C 15, σ. 1), η Επιτροπή είχε αποφασίσει να μην αντιταχθεί στο εν λόγω σχέδιο συγκεντρώσεως.

- 16 Η Telecom Italia προσέβαλε την ανάθεση των πέντε τμημάτων, ασκώντας ισάριθμες προσφυγές ενώπιον του Tribunale amministrativo regionale del Lazio (περιφερειακού διοικητικού πρωτοδικείου Λατίου, Ιταλία), το οποίο απέρριψε όλες τις προσφυγές αυτές. Εν συνεχεία, η Telecom Italia άσκησε ένδικα μέσα κατά των αποφάσεων που εξέδωσε το ως άνω δικαστήριο ενώπιον του Consiglio di Stato (Συμβουλίου της Επικρατείας, Ιταλία).
- 17 Το Consiglio di Stato (Συμβούλιο της Επικρατείας) διερωτάται αν, στο πλαίσιο κλειστής διαδικασίας διεπομένης από το άρθρο 28 της οδηγίας 2014/24, όπως η επίμαχη στη διαφορά της κύριας δίκης, μπορεί να τύχει εφαρμογής η απαίτηση περί υπάρξεως νομικής και ουσιαστικής ταύτισεως την οποία διατύπωσε το Δικαστήριο βάσει του άρθρου 51 της οδηγίας 2004/17, με την απόφαση της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347).
- 18 Επιπλέον, το εν λόγω δικαστήριο επισημαίνει ότι, κατά την ημερομηνία υποβολής των προσφορών, στις 17 Οκτωβρίου 2016, η επίμαχη στην υπόθεση της κύριας δίκης πράξη συγχωνεύσεως είχε μόλις αρχίσει και ολοκληρώθηκε μόνον μεταγενεστερως, και ότι, κατά συνέπεια, μέχρι την ημερομηνία εκείνη, η διάρθρωση της OpEn Fiber παρέμενε αμετάβλητη.
- 19 Κατά την κρίση του εν λόγω δικαστηρίου, είναι αδύνατο να αποδειχθεί ότι, με τη σχετική συμφωνία συγχωνεύσεως, τα μέρη επιχειρήσαν να δημιουργήσουν μια αντίθετη στον ανταγωνισμό σύμπραξη, με σκοπό τον περιορισμό του ανταγωνισμού στο πλαίσιο της επίμαχης στην υπόθεση της κύριας δίκης διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως.
- 20 Υπό τις συνθήκες αυτές, το Consiglio di Stato (Συμβούλιο της Επικρατείας) αποφάσισε να αναστείλει την ενώπιόν του διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο το ακόλουθο προδικαστικό ερώτημα:

«Πρέπει το άρθρο 28, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, της οδηγίας 2014/24 να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιβάλλει να ταυτίζονται, τόσο από νομικής όσο και από οικονομικής απόψεως, οι προεπιλεγέντες φορείς με τους φορείς που υποβάλλουν προσφορές, στο πλαίσιο κλειστής διαδικασίας, και, ειδικότερα, πρέπει η εν λόγω διάταξη να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι εμποδίζει τη σύναψη συμφωνίας μεταξύ εταιριών χαρτοφυλακίου, που ελέγχουν δύο προεπιλεγέντες φορείς, σε χρονικό σημείο μεταξύ της προεπιλογής και της υποβολής προσφορών, όταν: α) μια τέτοια συμφωνία έχει ως αντικείμενο και αποτέλεσμα (μεταξύ άλλων) την υλοποίηση συγχωνεύσεως δι' απορροφήσεως μιας εκ των προεπιλεγείσων επιχειρήσεων από μια άλλη εξ αυτών (πράξη η οποία, άλλωστε, έχει εγκριθεί από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή)· β) τα αποτελέσματα της πράξεως συγχωνεύσεως ολοκληρώθηκαν μετά την υποβολή προσφοράς από την απορροφώσα επιχείρηση (λόγος για τον οποίο, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, δεν προέκυπτε μεταβολή στη σύνθεσή της σε σύγκριση με την υφιστάμενη σύνθεση κατά τον χρόνο προεπιλογής)· γ) η επιχείρηση που, εν συνεχεία, απορροφήθηκε (η σύνθεση της οποίας δεν προέκυπτε ότι είχε μεταβληθεί κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών) είχε, εντούτοις, αποφασίσει να μη μετάσχει στην κλειστή διαδικασία, πιθανώς κατ' εφαρμογή του συμβατικού προγράμματος που είχε καθοριστεί με τη συμφωνία μεταξύ των εταιριών χαρτοφυλακίου;»

#### **Επί του παραδεκτού της αιτήσεως προδικαστικής απόφάσεως**

- 21 Κατά την Infratel, την OpEn Fiber και την Ιταλική Κυβέρνηση, η αίτηση προδικαστικής απόφάσεως πρέπει να κριθεί απαράδεκτη, τόσο διότι είναι αλυσιτελής ως προς την κύρια δίκη όσο και διότι είναι υποθετική ή διότι δεν αφορά πραγματική αμφιβολία του αιτούντος δικαστηρίου.
- 22 Συναφώς, υπενθυμίζεται ότι εναπόκειται αποκλειστικώς στο εθνικό δικαστήριο που έχει επιληφθεί της διαφοράς και φέρει την ευθύνη της δικαστικής απόφασης που θα εκδοθεί να εκτιμήσει, λαμβάνοντας υπόψη τις ιδιαιτερότητες της υπόθεσης, τόσο την αναγκαιότητα έκδοσης προδικαστικής απόφασης για την έκδοση της δίκης του απόφασης όσο και το λυσιτελές των ερωτημάτων που υποβάλλει στο Δικαστήριο. Συνεπώς, εφόσον τα υποβαλλόμενα ερωτήματα αφορούν την ερμηνεία του δικαίου της

Ένωσης, το Δικαστήριο υποχρεούται, καταρχήν, να απαντήσει σε αυτά. Το Δικαστήριο μπορεί να αρνηθεί να αποφανθεί επί προδικαστικού ερωτήματος που υπέβαλε εθνικό δικαστήριο μόνον όταν είναι πρόδηλο ότι η ζητούμενη ερμηνεία του δικαίου της Ένωσης ουδεμία σχέση έχει με το υποστατό ή με το αντικείμενο της διαφοράς της κύριας δίκης, όταν το πρόβλημα είναι υποθετικής φύσεως ή, ακόμη, όταν το Δικαστήριο δεν διαθέτει τα πραγματικά ή νομικά στοιχεία που είναι αναγκαία προκειμένου να δώσει χρήσιμη απάντηση στα ερωτήματα που του έχουν υποβληθεί (απόφαση της 10ης Ιουλίου 2018, Jehovan todistajat, C-25/17, EU:C:2018:551, σκέψη 31 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

- 23 Εν προκειμένω, από την απόφαση περί παραπομπής προκύπτει ότι η επίμαχη στην υπόθεση της κύριας δίκης διαδικασία συνάψεως συμβάσεως διέπεται από τους κανόνες της προκηρύξεως του διαγωνισμού, ένας εκ των οποίων παραπέμπει στο άρθρο 61 του κώδικα δημοσίων συμβάσεων, το οποίο μεταφέρει στο εθνικό δίκαιο το άρθρο 28 της οδηγίας 2014/24. Επιπλέον, από κανένα στοιχείο της δικογραφίας δεν προκύπτει ότι η ζητηθείσα ερμηνεία του δικαίου της Ένωσης δεν έχει σχέση με το υποστατό ή το αντικείμενο της διαφοράς της κύριας δίκης ή ότι η εν λόγω ζητηθείσα ερμηνεία είναι υποθετικής φύσεως. Πράγματι, όπως επισήμανε το αιτούν δικαστήριο, το υποβαλλόμενο ερώτημα αποσκοπεί στο να παράσχει στο εν λόγω δικαστήριο τη δυνατότητα να προσδιορίσει αν η εν λόγω διάταξη της οδηγίας 2014/24 επιβάλλει την ύπαρξη πλήρους ταύτισεως μεταξύ των προεπιλεγέντων φορέων και αυτών που υποβάλλουν τις προσφορές στο πλαίσιο κλειστής διαδικασίας συνάψεως συμβάσεων.
- 24 Εξάλλου, το γεγονός ότι το Consiglio di Stato (Συμβούλιο της Επικρατείας) εκθέτει βεβαίως τους λόγους που, κατά την άποψή του, θα κατέτειναν σε ορισμένη ερμηνεία του άρθρου 28 της οδηγίας 2014/24, δεν σημαίνει, εντούτοις, ότι δεν διατηρεί αμφιβολίες σε σχέση με το περιεχόμενο της εν λόγω διατάξεως. Εκθέτοντας την άποψή του, το εν λόγω δικαστήριο συνεργάζεται καλόπιστα με το Δικαστήριο στο πλαίσιο της προδικαστικής διαδικασίας και δίδει συνέχεια στην παρότρυνση που διαλαμβάνεται στο σημείο 17 των συστάσεων προς τα εθνικά δικαστήρια, σχετικά με την υποβολή προδικαστικών ερωτημάτων (ΕΕ 2018, C 257, σ. 1), σύμφωνα με το οποίο «[τ]ο αιτούν δικαστήριο μπορεί, επίσης, να εκθέτει συνοπτικά την άποψή του ως προς την απάντηση που πρέπει να δοθεί στα υποβαλλόμενα προδικαστικά ερωτήματα», άποψη την οποία το εν λόγω σημείο 17 χαρακτηρίζει ως «χρήσιμη για το Δικαστήριο».
- 25 Υπό τις συνθήκες αυτές, η αίτηση προδικαστικής αποφάσεως πρέπει να κριθεί παραδεκτή.

### **Επί του προδικαστικού ερωτήματος**

- 26 Με το ερώτημά του, το αιτούν δικαστήριο ζητεί, κατ' ουσίαν, να διευκρινισθεί αν το άρθρο 28, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, της οδηγίας 2014/24 πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι, λαμβανομένης υπόψη της απαιτήσεως να υπάρχει νομική και ουσιαστική ταύτιση μεταξύ των προεπιλεγέντων οικονομικών φορέων και των υποβαλλόντων τις προσφορές, αποκλείει τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς, στο πλαίσιο κλειστής διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, εκ μέρους προεπιλεγέντος υποψηφίου ο οποίος αναλαμβάνει τη δέσμευση να απορροφήσει έναν άλλο προεπιλεγέντα υποψήφιο, βάσει συμφωνίας συγχωνεύσεως που έχει συναφθεί μεταξύ του σταδίου προεπιλογής και του σταδίου υποβολής προσφορών και που εκτελείται μετά το στάδιο υποβολής προσφορών.
- 27 Κατά το άρθρο 28, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, της οδηγίας 2014/24, προσφορά μπορούν να υποβάλλουν μόνο οι οικονομικοί φορείς που προσκαλούνται από την αναθέτουσα αρχή κατόπιν της αξιολόγησης των πληροφοριών που έχουν παρασχεθεί.
- 28 Ο εν λόγω κανόνας έχει προβλεφθεί όσον αφορά την κλειστή διαδικασία, η οποία διεξάγεται σε πλείονα στάδια, και ιδίως όσον αφορά το στάδιο προεπιλογής και το στάδιο υποβολής προσφορών.

- 29 Από το γράμμα του άρθρου 28, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, της οδηγίας 2014/24 προκύπτει ότι ο οικονομικός φορέας που υποβάλλει προσφορά πρέπει, καταρχήν, να είναι αυτός που έχει προεπιλεγεί.
- 30 Η εν λόγω διάταξη δεν προβλέπει κανόνες σχετικά με τυχόν μεταβολές που έχουν επέλθει ως προς τη διάρθρωση ή ως προς την οικονομική και τεχνική ικανότητα του προεπιλεγέντος υποψηφίου.
- 31 Στο ανάλογο πλαίσιο της οδηγίας 2004/17, το Δικαστήριο εξέτασε το ζήτημα της επιρροής την οποία ασκούν τέτοιες μεταβολές κατά τη διάρκεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως με την απόφαση της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), υπό το πρίσμα των γενικών αρχών του δικαίου της Ένωσης, και ιδίως της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως και της υποχρέωσης διαφάνειας που απορρέει εντεύθεν, καθώς και των σκοπών του εν λόγω δικαίου στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων.
- 32 Υπενθυμίζεται ως προς το σημείο αυτό ότι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας, αφενός, συνεπάγονται ιδίως ότι οι προσφέροντες πρέπει να τυγχάνουν ίσης μεταχείρισης τόσο κατά τον χρόνο προετοιμασίας των προσφορών τους όσο και κατά τον χρόνο εκτιμήσεως των προσφορών τους από την αναθέτουσα αρχή και, αφετέρου, αποτελούν τη βάση των κανόνων της Ένωσης σχετικά με τις διαδικασίες συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων (απόφαση της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).
- 33 Η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ των προσφερόντων, η οποία έχει ως σκοπό να ευνοήσει την ανάπτυξη υγιούς και πραγματικού ανταγωνισμού μεταξύ των επιχειρήσεων που μετέχουν σε δημόσιο διαγωνισμό, επιβάλλει να έχουν όλοι οι προσφέροντες τις ίδιες ευκαιρίες κατά τη διατύπωση των όρων των προσφορών τους και συνεπάγεται, ως εκ τούτου, ότι οι προσφορές αυτές πρέπει να υποβάλλονται υπό τις ίδιες προϋποθέσεις για όλους τους διαγωνιζομένους. Η αυστηρή εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ των προσφερόντων, στο πλαίσιο διαδικασίας με διαπραγμάτευση, θα είχε ως αποτέλεσμα να έχουν τη δυνατότητα να υποβάλουν προσφορά και να καταστούν ανάδοχοι μόνον οι προεπιλεγέντες οικονομικοί φορείς, υπό τη συγκεκριμένη μορφή υπό την οποία προεπιλέγησαν (πρβλ. απόφαση της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψεις 38 και 39).
- 34 Η άποψη αυτή στηρίζεται στο άρθρο 28, παράγραφος 2, της οδηγίας 2014/24 κατά το οποίο «[π]ροσφορά μπορούν να υποβάλλουν μόνο οι οικονομικοί φορείς που προσκαλούνται από την αναθέτουσα αρχή κατόπιν της αξιολόγησης των πληροφοριών που έχουν παρασχεθεί», όπερ προϋποθέτει ότι πρέπει να ταυτίζονται, τόσο από νομικής όσο και από ουσιαστικής απόψεως, οι προεπιλεγέντες οικονομικοί φορείς με τους υποβάλλοντες τις προσφορές (βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 40).
- 35 Ωστόσο, το Δικαστήριο έχει επίσης κρίνει ότι, στο πλαίσιο διαδικασίας με διαπραγμάτευση, σε περίπτωση λύσεως μιας κοινοπραξίας προεπιλεγείσας υπό τη συγκεκριμένη μορφή, της οποίας μέλη ήταν δύο οικονομικοί φορείς, ο ένας από τους εν λόγω οικονομικούς φορείς μπορεί να υποκαταστήσει την ως άνω κοινοπραξία και να συνεχίσει να συμμετέχει στην εν λόγω διαδικασία, χωρίς να συντρέχει παραβίαση της αρχής της ισότητας, υπό την προϋπόθεση ότι αποδεικνύεται ότι ο οικονομικός αυτός φορέας πληροί αφ' εαυτού τις απαιτήσεις που είχε καθορίσει αρχικώς η αναθέτουσα αρχή και ότι η συνέχιση της συμμετοχής του στην εν λόγω διαδικασία δεν συνεπάγεται επιδείνωση της ανταγωνιστικής θέσεως των λοιπών προσφερόντων (πρβλ. απόφαση της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 48 και διατακτικό).
- 36 Επισημαίνεται ότι, στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η εν λόγω απόφαση, είχε αλλοιωθεί τόσο η νομική όσο και η ουσιαστική ταύτιση μεταξύ του προεπιλεγέντος φορέα και του φορέα που είχε υποβάλει προσφορά, δεδομένου ότι, αφενός, δεν είχε συνεχίσει να συμμετέχει στη διαδικασία η προεπιλεγείσα κοινοπραξία επιχειρήσεων, υπό τη συγκεκριμένη μορφή υπό την οποία είχε προεπιλεγεί, αλλά ο ένας μόνον από τους οικονομικούς φορείς της εν λόγω κοινοπραξίας, και,

αφετέρου, η οικονομική και τεχνική ικανότητα του αρχικού υποψηφίου είχε μειωθεί λόγω της απώλειας της οικονομικής και τεχνικής ικανότητας ενός εκ των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων. Ωστόσο, η εν λόγω μεταβολή δεν θα ήταν ικανή να εμποδίσει τη συνέχιση της διαδικασίας, σε περίπτωση κατά την οποία είχαν τηρηθεί οι προϋποθέσεις που έχει θέσει το Δικαστήριο.

- 37 Συναφώς, πρέπει να υπογραμμισθεί ότι η υπόθεση της κύριας δίκης αφορά, αντιθέτως, μια κατάσταση στην οποία ο ένας από τους προσφέροντες αύξησε τις ικανότητές του μέσω της εξαγοράς του ενός από τους λοιπούς προεπιλεγέντες προσφέροντες.
- 38 Επομένως, είναι αναγκαίο να προσδιορισθεί αν, υπό τις συνθήκες αυτές, έχει αλλοιωθεί η νομική και ουσιαστική ταύτιση από απόψεως των προεπιλεγέντων προσφερόντων.
- 39 Εν προκειμένω, δεν αμφισβητείται ότι, όσον αφορά την OpEn Fiber, έχει τηρηθεί η απαίτηση περί νομικής ταυτίσεως μεταξύ του προεπιλεγέντος υποψηφίου και του υποβάλλοντος προσφορά.
- 40 Αντιθέτως, από την αίτηση προδικαστικής αποφάσεως προκύπτει ότι, μεταξύ του σταδίου προεπιλογής και της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, οι εταιρίες χαρτοφυλακίου δύο προσφερόντων, της OpEn Fiber και της Metroweb Sviluppo, συνήψαν δεσμευτική συμφωνία-πλαίσιο με σκοπό να συντελεσθεί, κατ' αυτόν τον τρόπο, η συγχώνευση δι' απορροφήσεως της Metroweb Sviluppo από την OpEn Fiber. Στον βαθμό που είχε αναληφθεί ρητή δέσμευση, βάσει της οποίας η OpEn Fiber επρόκειτο να αποκτήσει τα περιουσιακά στοιχεία της Metroweb Sviluppo, και στον βαθμό που, ως εκ τούτου, η OpEn Fiber, καίτοι τελούσε εν αναμονή εκδόσεως αποφάσεως της Επιτροπής, εντούτοις μπορούσε να βασιστεί ευλόγως στην οικονομική και τεχνική ικανότητα της Metroweb Sviluppo στο πλαίσιο της μελλοντικής δραστηριότητάς της, διαπιστώνεται ότι, έστω και αν τα συγκεκριμένα και οριστικά αποτελέσματα της σχετικής πράξεως συγκεντρώσεως επήλθαν μόνον μετά την υποβολή των προσφορών, δεν υπάρχει ουσιαστική ταύτιση μεταξύ της OpEn Fiber κατά την ημερομηνία κατά την οποία προεπελέγη και της εταιρίας αυτής κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών.
- 41 Κατά συνέπεια, είναι αναγκαίο να εξετασθεί αν, παρά την ως άνω έλλειψη ουσιαστικής ταυτίσεως, είναι δυνατόν να θεωρηθεί ότι δεν συντρέχει παραβίαση της αρχής της ισότητας, λαμβανομένων υπόψη των κριτηρίων που διαλαμβάνονται στην απόφαση της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 48), που μνημονεύθηκε στη σκέψη 36 της παρούσας αποφάσεως.
- 42 Συναφώς, πρέπει να υπογραμμισθεί ότι, όπως προκύπτει από τη σκέψη 37 της παρούσας αποφάσεως, τα εν λόγω κριτήρια διατυπώθηκαν στο πλαίσιο της υποθέσεως επί της οποίας εκδόθηκε η εν λόγω απόφαση της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), που αφορούσε, κατ' ουσίαν, περιστάσεις υπό τις οποίες είχαν μειωθεί οι ικανότητες του προσφέροντος που είχε αρχικώς προεπιλεγεί, ενώ η υπό κρίση υπόθεση αφορά μια κατάσταση στην οποία ο ένας από τους προσφέροντες αύξησε τις ικανότητές του μέσω της εξαγοράς του ενός από τους λοιπούς προεπιλεγέντες προσφέροντες. Η εν λόγω ύπαρξη διαφορετικών καταστάσεων επηρεάζει κατ' ανάγκην την εφαρμογή, εν προκειμένω, των εν λόγω κριτηρίων, δεδομένου ότι, αντιθέτως προς την αύξηση των ικανοτήτων ενός προσφέροντος, η μείωση των εν λόγω ικανοτήτων ενδέχεται να προκαλέσει δυσχέρειες στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως.
- 43 Πράγματι, αν επιτρεπόταν να υποβάλει προσφορά ένας υποψήφιος του οποίου η οικονομική και τεχνική ικανότητα έχει μειωθεί αισθητά μετά την προεπιλογή του, τούτο θα μπορούσε να καταλήξει σε καταστρατήγηση της διαδικασίας προεπιλογής, δεδομένου ότι ένας τέτοιος υποψήφιος του οποίου η οικονομική και τεχνική ικανότητα έχει μειωθεί κατ' αυτόν τον τρόπο δεν θα είχε, ενδεχομένως, προεπιλεγεί.



- 44 Στο πλαίσιο διαδικασίας με διαπραγμάτευση για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως, είναι προς το συμφέρον της αναθέτουσας αρχής, όταν οι υποψήφιοι έχουν προεπιλεγεί, να διατηρούν την οικονομική και τεχνική ικανότητά τους καθ' όλη τη διάρκεια της διαδικασίας, δεδομένου ότι η απώλεια της εν λόγω ικανότητας ενέχει τον κίνδυνο να θιγεί ο σκοπός της εν λόγω διαδικασίας, που συνίσταται στο να επιλεγεί ένας προσφέρων ο οποίος είναι ικανός να εκτελέσει την εν λόγω σύμβαση.
- 45 Αντιθέτως, δεν αντιβαίνει προς τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής η εκ μέρους υποψηφίου ενίσχυση της οικονομικής και τεχνικής ικανότητάς του μετά την προεπιλογή. Είναι δυνατόν, ακόμη, να θεωρηθεί κανονική η εκ μέρους υποψηφίου εξασφάλιση των μέσων που του παρέχουν τη δυνατότητα να βεβαιωθεί ότι έχει την ικανότητα να διασφαλίσει την προσήκουσα εκτέλεση της συμβάσεως.
- 46 Η εν λόγω ενίσχυση της οικονομικής και τεχνικής ικανότητας μπορεί να περιλαμβάνει τη χρήση των μέσων άλλων οικονομικών φορέων και, ενδεχομένως, τη μερική ή πλήρη απορρόφηση ενός οικονομικού φορέα, ακόμη και ενός οικονομικού φορέα που συμμετέχει στην ίδια διαδικασία με διαπραγμάτευση για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως.
- 47 Βάσει των ανωτέρω, κρίνεται ότι το κριτήριο που απαιτεί, κατ' ουσίαν, να διαπιστώνεται ότι ένας οικονομικός φορέας που επιθυμεί να συνεχίσει να συμμετέχει σε διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως ως προσφέρων, ελλείπει νομικής ή ουσιαστικής ταύτισης μεταξύ του εν λόγω οικονομικού φορέα κατά το στάδιο προεπιλογής και του εν λόγω οικονομικού φορέα κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, οφείλει να αποδεικνύει ότι εξακολουθεί να πληροί τις απαιτήσεις που είχε καθορίσει αρχικώς η αναθέτουσα αρχή, πληρούται εξ ορισμού σε μια κατάσταση στην οποία οι υλικές δυνατότητες του εν λόγω οικονομικού φορέα έχουν μόνον αυξηθεί.
- 48 Όσον αφορά την τήρηση, εν προκειμένω, του κριτηρίου που αφορά το ότι η συνέχιση της συμμετοχής του προσφέροντος σε διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως δεν πρέπει να συνεπάγεται επιδείνωση της ανταγωνιστικής θέσεως των λοιπών προσφερόντων, επισημαίνεται ότι ορισμένες διατάξεις του δικαίου της Ένωσης διαφορετικές από εκείνες που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις αποσκοπούν ειδικώς στο να διασφαλισθεί ότι η ύπαρξη ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού στην εσωτερική αγορά δεν απειλείται από πράξεις συγκεντρώσεως όπως η επίμαχη στην υπόθεση της κύριας δίκης. Επομένως, εφόσον η συμπεριφορά ενός οικονομικού παράγοντα τηρεί τους εν λόγω ειδικούς κανόνες, δεν είναι δυνατόν να θεωρηθεί ότι η συμμετοχή του σε μια τέτοια πράξη είναι ικανή, αυτή καθαυτή, να συνεπάγεται επιδείνωση της ανταγωνιστικής θέσεως των λοιπών προσφερόντων απλώς και μόνον λόγω του ότι η οντότητα που προκύπτει από τη συγχώνευση θα διαθέτει ενισχυμένη οικονομική και τεχνική ικανότητα.
- 49 Συνεπώς, μια απορρόφηση όπως η επίμαχη στην υπόθεση της κύριας δίκης πρέπει να διενεργείται τηρουμένης της κανονιστικής ρυθμίσεως της Ένωσης, και ιδίως του κανονισμού 139/2004.
- 50 Συναφώς, από την αίτηση προδικαστικής αποφάσεως προκύπτει ότι, εν προκειμένω, η Επιτροπή αποφάσισε στις 15 Δεκεμβρίου 2016, βάσει του εν λόγω κανονισμού, να μην αντιταχθεί στην κοινοποιηθείσα πράξη.
- 51 Επίσης, προστίθεται ότι, καίτοι δεν συντρέχει παραβίαση της αρχής της ισότητας λόγω της συγχωνεύσεως, αφ' εαυτής, μεταξύ δύο προεπιλεγέντων προσφερόντων, δεν είναι δυνατόν να αποκλεισθεί ότι ευαίσθητες πληροφορίες σχετικά με τη διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως έχουν ενδεχομένως ανταλλαγεί μεταξύ των μερών τα οποία αφορά η συγχώνευση πριν από την υλοποίησή της. Το γεγονός αυτό, όμως, θα ήταν ικανό, κατά την υποβολή των προσφορών, να παράσχει στον απορροφώντα προσφέροντα μη δικαιολογημένα πλεονεκτήματα σε σχέση με άλλους προσφέροντες, προκαλώντας κατ' ανάγκην επιδείνωση της ανταγωνιστικής θέσεως των τελευταίων (βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 17ης Μαΐου 2018, *Specializotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324, σκέψη 29).

- 52 Μια τέτοια κατάσταση θα αρκούσε, καταρχήν, προκειμένου η προσφορά του απορροφώντος προσφέροντος να μην μπορεί να ληφθεί υπόψη από την αναθέτουσα αρχή (βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 17ης Μαΐου 2018, *Specializotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324, σκέψη 31).
- 53 Ωστόσο, τέτοιες ανταλλαγές πληροφοριών, οι οποίες, εξάλλου, όπως επισήμανε η Επιτροπή με τις παρατηρήσεις της, είναι δυνατόν να αντιβαίνουν στο άρθρο 7 του κανονισμού 139/2004, σχετικά με την αναστολή οποιασδήποτε συγκεντρώσεως που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του εν λόγω άρθρου έως ότου η εν λόγω συγκεντρώση εγκριθεί, όπως και στο άρθρο 101 ΣΛΕΕ, δεν επιτρέπεται να τεκμαίρονται. Από τις δε πληροφορίες που έχει στη διάθεσή του το Δικαστήριο προκύπτει ότι καμία συμπεριφορά συμπαιγνιακού χαρακτήρα δεν έχει αποδειχθεί εν προκειμένω.
- 54 Από το σύνολο των ανωτέρω σκέψεων προκύπτει ότι το άρθρο 28, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, της οδηγίας 2014/24 πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι, λαμβανομένης υπόψη της απαιτήσεως να υπάρχει νομική και ουσιαστική ταύτιση μεταξύ των προεπιλεγέντων οικονομικών φορέων και των υποβαλλόντων τις προσφορές, δεν αποκλείει τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς, στο πλαίσιο κλειστής διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, εκ μέρους προεπιλεγέντος υποψηφίου ο οποίος αναλαμβάνει τη δέσμευση να απορροφήσει έναν άλλο προεπιλεγέντα υποψήφιο, βάσει συμφωνίας συγχωνεύσεως που έχει συναφθεί μεταξύ του σταδίου προεπιλογής και του σταδίου υποβολής προσφορών και που εκτελείται μετά το στάδιο υποβολής προσφορών.

#### **Επί των δικαστικών εξόδων**

- 55 Δεδομένου ότι η παρούσα διαδικασία έχει ως προς τους διαδίκους της κύριας δίκης τον χαρακτήρα παρεμπόδισης που ανέκυψε ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου, σ' αυτό εναπόκειται να αποφανθεί επί των δικαστικών εξόδων. Τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκαν όσοι υπέβαλαν παρατηρήσεις στο Δικαστήριο, πλην των ως άνω διαδίκων, δεν αποδίδονται.

Για τους λόγους αυτούς, το Δικαστήριο (πέμπτο τμήμα) αποφαινεται:

**Το άρθρο 28, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ, πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι, λαμβανομένης υπόψη της απαιτήσεως να υπάρχει νομική και ουσιαστική ταύτιση μεταξύ των προεπιλεγέντων οικονομικών φορέων και των υποβαλλόντων τις προσφορές, δεν αποκλείει τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς, στο πλαίσιο κλειστής διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, εκ μέρους προεπιλεγέντος υποψηφίου ο οποίος αναλαμβάνει τη δέσμευση να απορροφήσει έναν άλλο προεπιλεγέντα υποψήφιο, βάσει συμφωνίας συγχωνεύσεως που έχει συναφθεί μεταξύ του σταδίου προεπιλογής και του σταδίου υποβολής προσφορών και που εκτελείται μετά το στάδιο υποβολής προσφορών.**

(υπογραφές)