



Határozatok Tára

MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
FŐTANÁCSNOK INDÍTVÁNYA
Az ismertetés napja: 2019. január 23.¹

C-697/17. sz. ügy

**Telecom Italia SpA
kontra
Ministero dello Sviluppo Economico,
Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia SpA (Infratel Italia SpA),
az Open Fiber SpA
részvételével**

(a Consiglio di Stato [államtanács, Olaszország] által benyújtott előzetes döntéshozatal iránti kérelem)

„Előzetes döntéshozatal – Közbeszerzési szerződések – A 2014/24/EU irányelv – Meghívásos eljárás – Az ajánlat benyújtására kiválasztott gazdasági szereplők – A közbeszerzési eljárás során lefolytatott beolvasással történő egyesülési eljárás – Az előzetes kiválasztás szakasza és az ajánlat benyújtásának szakasza között a jogi azonosság fenntartásának szükségessége”

1. A Consiglio di Stato (államtanács, Olaszország) jelen előzetes döntéshozatal iránti kérelme arra a kérdésre irányul, hogy a 2014/24/EU irányelv² alapján fennmarad-e a meghívásos közbeszerzési eljárás keretében eredetileg kiválasztott társaság „jogi és érdemi azonossága”, ha e társaság a szintén kiválasztott másik olyan társaság beolvasásával történő egyesülési eljárást indít, amely végül egyáltalán nem nyújtott be ajánlatot.
2. A most tárgyalandó ügy, bizonyos szempontból, az MT Højgaard és Züblin ítélet³ alapját képező ügy ellentéte, amelyben az ajánlattevő az előzetes kiválasztásakor olyan vállalkozáscsoport részét képezte, amely később megszűnt. A kétség akkor azzal kapcsolatban merült fel, hogy a csoport megszűnését követően az említett ajánlattevő továbbra is részt vehet-e saját nevében a közbeszerzési szerződés odaítélésére irányuló tárgyalásos eljárásban.
3. A Bíróságnak tehát újabb lehetősége nyílik ítélkezési gyakorlatának bővítésére az előzetesen kiválasztott és az ajánlatokat benyújtó gazdasági szereplők közötti azonosság követelményével kapcsolatban.

¹ Eredeti nyelv: spanyol.

² A közbeszerzésről és a 2004/18/EK irányelv hatályon kívül helyezéséről szóló, 2014. február 26-i 2014/24/EU európai parlamenti és tanácsi irányelv (HL 2014. L 94., 65. o.; helyesbítés: HL 2015. L 275., 68. o.).

³ 2016. május 24-i ítélet (C-396/14, EU:C:2016:347).

I. Jogi háttér

A. Az uniós jog. A 2014/24 irányelv

4. A 8. cikk így rendelkezik:

„Ez az irányelv nem alkalmazandó olyan közbeszerzési szerződésre és tervpályázatra, amelynek elsődleges célja, hogy az ajánlatkérő szerv számára lehetővé tegye nyilvános hírközlő hálózatok rendelkezésre bocsátását vagy igénybevételét, vagy a nyilvánosság részére egy vagy több elektronikus kommunikációs szolgáltatás nyújtását.

E cikk alkalmazásában a »nyilvános hírközlő hálózat« és az »elektronikus hírközlő hálózat« jelentése megegyezik a 2002/21/EK európai parlamenti és tanácsi irányelvben^[4] foglaltakkal.”

5. A 18. cikk (1) bekezdése szerint:

„Az ajánlatkérő szervek a gazdasági szereplőket egyenlő és megkülönböztetésmentes bánásmódban részesítik, továbbá átlátható és arányos módon járnak el.

A beszerzést nem lehet azzal a szándékkal kialakítani, hogy az adott beszerzés kikerüljön a jelen irányelv hatálya alól, vagy mesterségesen korlátozza a versenyt. Akkor tekintendő úgy, hogy fennáll a verseny mesterséges korlátozásának esete, ha azzal a szándékkal határozták meg a beszerzés feltételeit, hogy ezzel egyes gazdasági szereplők méltánytalan előnyhöz jussanak, vagy ilyen hátrányt szenvedjenek.”

6. A 28. cikk értelmében:

„(1) A meghívásos eljárások során az V. melléklet B. vagy – az esettől függően – C. részében foglalt adatokat tartalmazó, eljárást megindító felhívás alapján bármely gazdasági szereplő kérelmezheti a részvételét az ajánlatkérő szerv által a minőségi kiválasztáshoz előírt információk benyújtásával.

[...]

(2) Csak azok a gazdasági szereplők tehetnek ajánlatot, amelyeket a megadott információk értékelését követően az ajánlatkérő szerv meghívott. Az ajánlatkérő szerv a 65. cikknek megfelelően korlátozhatja azoknak az alkalmas részvételre jelentkezőknek a számát, akiket meghív az eljárásban való részvételre.

[...]”

B. A nemzeti jog. *Codice dei contratti pubblici* (A közbeszerzési szerződésekről szóló törvénykönyv)⁵

7. A 61. cikk (3) bekezdése kimondja:

„A megadott információknak az ajánlatkérő szerv által történő értékelését követően csak a meghívott gazdasági szereplők tehetnek ajánlatot.”

4 Az elektronikus hírközlő hálózatok és elektronikus hírközlési szolgáltatások közös keretszabályozásáról szóló, 2002. március 7-i irányelv (Keretirányelv) (HL 2002. L 108., 33. o.; magyar nyelvű különkiadás 13. fejezet, 29. kötet, 349. o.).

5 2016. április 18-i 50. sz. törvényerejű rendelet (a GURI 2016. április 19-i 91. számának 10. sz. rendes melléklete), amely többek között átülteti a 2014/24 irányelv rendelkezéseit (a továbbiakban: CCP).

8. A 48. cikk (11) bekezdése alapján:

„Meghívásos vagy tárgyalásos eljárás vagy versenypárbeszéd esetén az egyénileg meghívott gazdasági szereplő vagy a versenypárbeszéd eljárásában egyénileg részt vevő ajánlattevő nyújthat be ajánlatot vagy tárgyalhat saját nevében vagy az egyesült szereplők megbízottjaként.”

II. A tényállás és az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés

9. Az Infratel Italia SpA (a továbbiakban: Infratel), a Ministero dello Sviluppo economico (gazdasági fejlesztési minisztérium, Olaszország) nevében meghívásos eljárást indított az állami tulajdonban lévő ultraszéles sávú passzív hálózatnak meghatározott területeken történő kiépítésére, karbantartására és üzemeltetésére vonatkozó koncesszió odaítélése céljából.

10. Az öt tételre (amelyek ugyanennyi földrajzi területnek felelnek meg) osztott eljárás a következő szakaszokból állt:

- a) a részvétel iránti kérelmek benyújtása (2016. július 18-ig);
- b) a részvételre meghívó leveleknek a kiválasztott gazdasági szereplők részére történő megküldése (2016. augusztus 9-ig); és
- c) az ajánlatok megküldése (2016. október 17-ig).

11. Egyéb gazdasági szereplők mellett részvételi jelentkezést nyújtott be a Telecom Italia SpA (a továbbiakban: Telecom Italia), a Metroweb Sviluppo SpA (a továbbiakban: Metroweb Sviluppo) és az Enel Open Fiber SpA (a továbbiakban: Enel Open Fiber)⁶ (az eljárás első szakasza). Az Infratel elfogadta e jelentkezéseket, ezért az említett vállalkozásokat kiválasztott ajánlattevőként részvételre meghívta (az eljárás második szakasza).

12. Noha az említett második szakaszban a Metroweb Sviluppo-t kiválasztották, később nem nyújtott be ajánlatot, így ténylegesen távol maradt az eljárástól.

13. Az Infratel 2017. január 9-én közzétette a részt vevő ajánlattevők listáját, és 2017. január 24-én az ajánlattevők ideiglenes rangsorát. Az Enel Open Fiber foglalta el az első ranghelyet mind az öt tételben, míg a Telecom Italiát minden esetben a második helyre rangsorolták, a negyedik tétel kivételével, ahol a harmadik ranghelyet szerezte meg.

14. Az eljárás eredményének ismertetését követően a Telecom Italia betekintett a hatósági iratokba, amelyekből megállapította, hogy a kiválasztás szakasza és az ajánlatok benyújtására előírt időpont (2016. október 17-i) között a Metroweb Sviluppo és az Enel Open Fiber érintettek voltak egy összetett társasági jogügyletben.

15. E jogügylet azon vállalkozások közötti összefonódásból eredt, amely során az Enel SpA (a továbbiakban: Enel) és a Cassa Depositi e Prestiti SpA (a továbbiakban: CDP), ez utóbbi a CDP Equity SpA (a továbbiakban: CDPE) leányvállalatán keresztül, közös irányítást szerzett az Enel Open Fiber és a Metroweb Italia SpA (a továbbiakban: Metroweb Italia) egyesülésével létrejött vállalkozás felett.

⁶ Open Fiber 2016 decemberétől az Enel Open Fiber megnevezése.

16. A 2016. október 10-én az (Enel Open Fiber társaságot ellenőrző) Enel *holding* társaság és a (Metroweb Sviluppo társaságot ellenőrző) Metroweb Italia által kötött „befektetési keretmegállapodás” szerint a jogügylet magában foglalta, hogy:

- az Enel és a CDPE egyenként az Enel Open Fiber alaptőkéjének 50%-át szerezték meg;
- az Enel Open Fiber megszerezte a Metroweb Italia alaptőkéjének 100%-át;
- a Metroweb Italia beolvadással egyesíti a Metroweb Italia csoport néhány társaságát, közöttük a Metroweb Sviluppo társaságot;
- az Enel Open Fiber egyesül a Metroweb Italia csoport egyesüléséből eredő társasággal, amely által létrejön az „új Enel Open Fiber”.⁷

17. E megállapodás teljesítéseként 2016. október 17-én (az eljárásban részt vevő) Metroweb Sviluppo a Metroweb csoporttal beolvadás útján egyesült. 2017. január 23-án megállapodtak arról, hogy a Metroweb az Open Fiberrel beolvadás útján egyesül.

18. A tervezett összefonódást⁸ a 139/2004/EK rendelet⁹ értelmében bejelentették az Európai Bizottságnak 2016. november 10-én. A Bizottság 2016. december 15-i határozatában arról döntött, hogy nem ellenzi a bejelentett jogügyletet.¹⁰

19. A Telecom Italia a szóban forgó meghívásos eljárás öt tételének eredményét öt keresetben támadta meg a Tribunale amministrativo regionales del Lazio (Lazio tartomány közigazgatási bírósága, Olaszország) előtt, amely valamennyi keresetet elutasította öt hasonló tartalmú ítéletében.

20. Ezzel összefüggésben, a Telecom Italia öt fellebbezést nyújtott be a Consiglio di Statohoz (államtanács), amely úgy határozott, hogy felfüggeszti az eljárást, és előzetes döntéshozatal céljából a következő kérdést terjeszti elő:

„Úgy kell-e értelmezni a 2014/24/EU irányelv 28. cikke (2) bekezdésének első albekezdését, hogy az előírja, hogy az előzetesen kiválasztott gazdasági szereplőknek és a meghívásos eljárásban ajánlatot benyújtó gazdasági szereplőknek jogi és gazdasági szempontból teljes mértékben azonosaknak kell lenniük, és különösen úgy kell-e értelmezni e rendelkezést, hogy az kizárja a két előzetesen kiválasztott gazdasági szereplőt ellenőrző holding társaságok által egy, az előzetes kiválasztás és az ajánlatok benyújtásának időpontja között kötött megállapodást, ha a) e megállapodás tárgya és joghatása (többek között) az előzetesen kiválasztott vállalkozások egyikének egy másik ilyen vállalkozásba való beolvadásával történő egyesülés megvalósítása (amely jogügyletet egyébként az Európai Bizottság engedélyezett); b) az egyesülési jogügylet joghatásai az átvevő társaság ajánlatának benyújtását követően következtek be (amelynek következtében az ajánlat benyújtásának időpontjában e társaság összetétele nem változott meg az előzetes kiválasztás időpontjában fennálló összetételhez képest); c) a később beolvadó vállalkozás (amelynek összetétele nem módosult az ajánlatok benyújtására előírt határidőig) egyébként úgy határozott, hogy nem vesz részt a meghívásos eljárásban, valószínűsíthetően a holding társaságok által kötött megállapodásban foglalt szerződéskötési program végrehajtása miatt?”

7 Lásd: az összefonódást a közös piaccal és az EGT megállapodással összeegyeztethetőnek való nyilvánításáról szóló, 2016. december 15-i bizottsági határozat 9. pontja (Ügyszám: M.8234 – Enel/CDP Equity/Cassa Depositi e Prestiti/Enel Open Fiber/Metroweb Italia).

8 HL 2016. C 427., 5. o.

9 A vállalkozások közötti összefonódások ellenőrzéséről szóló, 2004. január 20-i tanácsi rendelet (HL 2004. L 24., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 8. fejezet, 3. kötet, 40. o.).

10 HL 2017. C 15., 1. o.

21. Az alapügyben eljáró bíróság kiemeli, hogy a vitatott eljárást teljes egészében nem a 2014/24 irányelv vagy a 2014/23/EU irányelv szabályozza,¹¹ hanem arra csak az eljárást megindító felhívásban meghatározott szabályok irányadók, amelyek alapján a CCP-nek a 2014/24 irányelv 28. cikkét átültető 61. cikkét kellett alkalmazni.

22. Ugyanezen eljárást megindító felhívás továbbá úgy rendelkezett, hogy a pályázatot a legjobb ár-minőség arány alapján a gazdaságilag legelőnyösebb ajánlatnak ítélik oda, a CCP-nek ugyanazon irányelv 67. cikkét átültető 95. cikke értelmében.

23. A kérdést előterjesztő bíróság véleménye szerint kétséges, hogy a 2014/24 irányelv 28. cikke által szabályozott meghívásos eljárás keretében alkalmazható-e a Bíróság által az MT Højgaard és Züblin ügyben a jogi és érdemi azonosságra vonatkozóan megerősített elv.¹²

24. A Consiglio di Stato (államtanács) megjegyzi, hogy a 2017-ben lezárult egyesülési jogügylet épphogy elkezdődött az ajánlatok benyújtásának időpontjában (2016 októberében), ezáltal az Enel Open Fiber szerkezetében még nem történt változás. Véleménye szerint végül nem bizonyítható, hogy az egyesülési megállapodással – amely az érintett társaságok strukturális és tartós változását eredményezte – a részt vevő felek szándéka arra irányult, hogy a közbeszerzési eljárásban módosítsák versenyt.

III. A Bíróság előtti eljárás és a felek álláspontja

25. Az előzetes döntéshozatal iránti kérelem 2017. december 11-én érkezett a Bírósághoz. Írásbeli észrevételeket a Telecom Italia, az Infratel, az Open Fiber, az EFTA Felügyeleti Hatóság, az olasz kormány és a Bizottság terjesztett elő. A 2018. november 15-én tartott nyilvános tárgyaláson valamennyi részt vevő fél megjelent, az EFTA Felügyeleti Hatóság kivételével.

26. A Telecom Italia azt állítja, hogy a beolvadással történő egyesülési program keretében az előzetesen kiválasztott átvevő vállalkozásnak valójában nem a jogi, hanem az érdemi azonossága változik, és az egyesülés összegegyeztetetlenné válik a 2014/24 irányelv 28. cikkének (2) bekezdésével.

27. Továbbá a Telecom Italia szerint a kérdést előterjesztő bíróság alábecsülte a vitatott jogügylet összetettségét azáltal, hogy az Enel Open Fiber alanyi és alaki azonosságának vizsgálatát az ajánlatok benyújtásának határidejére korlátozta, ezzel széttagolva a Metroweb Sviluppóval történő fokozatos egyesülés közös programját. Véleménye szerint valójában olyan közös program volt, amely valamennyi antitröszt elvtől függetlenül, az előzetes kiválasztás és az ajánlatok benyújtásának határideje között kötött kötelező keretmegállapodással kezdődött, a közbeszerzési eljárás folyamán indult meg és a végleges odaítélést követően, de a szerződés aláírása előtt zárult le. A keretmegállapodás a két társaságot egyetlen döntéshozó központtá egyesítette, amely alapján a Metroweb Sviluppó mellőzhette az ajánlata előterjesztését, ugyanakkor úgy biztosította a kiválasztás lehetőségét, mintha ajánlatot nyújtott volna be. Ezt a helyzetet ugyanúgy kellene szankcionálni, mintha ugyanazon döntéshozó központ két ajánlatot nyújtott volna be.

¹¹ A koncessziós szerződésekről szóló, 2014. február 26-i európai parlamenti és tanácsi irányelv (HL 2014. L 94., 1. o.; helyesbítés: HL 2015. L 114., 24. o., HL 2018. L 82., 17. o.)

¹² C-396/14, EU:C:2016:347.

28. Az Infratel szerint az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés a hipotetikus jellege miatt elfogadhatatlan, mivel a kérdést előterjesztő bíróság nem vonja kétségbe az alkalmazandó uniós jog értelmezését és az alapügy tárgyával kapcsolatban már állást foglalt. Másodlagos jelleggel azt állítja, hogy azon előzetesen kiválasztott társaságoknál, amelyek tekintetében ajánlatokat nyújtottak be, nem történt semmilyen változás. Az Enel Open Fiber az ajánlata benyújtása során egyetlen gazdasági szereplőként járt el, ugyanolyan összetételben, mint az előzetes kiválasztás szakaszában. Az egyesülés nem változtatta meg a jogi személyiségét, ennél fogva azonos az előzetesen kiválasztott vállalkozással.

29. Az Open Fiber szintén az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés elfogadhatatlansága mellett áll ki.

- Elsősorban mivel felveti a kerethatározatnak a 2014/24 irányelvvel való összeegyeztethetőségét annak ellenére, hogy jogszerűsége nem kérdőjeleződik meg az alapeljárásban.
- Másodsorban, mert hírközlő hálózat építésére irányuló koncesszióról lévén szó, a 2014/23 irányelv irányadó, de ez és a 2014/24 irányelv is alkalmazhatatlanná válik azon kivétel miatt, amelyet ezen irányelvekben a hírközlő hálózatokkal és a hírközlési szolgáltatásokkal kapcsolatban állapítanak meg. Nem értelmezhető úgy, hogy az eljárási dokumentumokban a 2014/24 irányelv 28. cikkére hivatkoztak.
- Harmadsorban, mert az előzetesen kiválasztott társaságok között a beolvadással történő egyesülés tervezett tilalma nem minősül az uniós jogrend részét képező elvnek.
- Negyedsorban, mert a kérdést előterjesztő bíróság nem támaszt kétséget az uniós jog értelmezésével kapcsolatban.

30. Az ügy érdemét illetően az Open Fiber egyetért a kérdést előterjesztő bíróság által kifejtett állásponttal, és azt a következtetést vonja le, hogy az ajánlatok értékelésének szakaszára való meghívása nem ellentétes a 2014/24 irányelv 28. cikkével és a Bíróság ítélkezési gyakorlatával.

31. Az olasz kormány ugyancsak az elfogadhatatlanság felé hajlik, arra hivatkozással, hogy a kérdést előterjesztő bíróság általában véve csupán egy uniós jogszabályt említ, és elismeri, hogy a vitás helyzet és az említett szabály között semmilyen kapcsolat nem áll fenn, mivel az Enel Open Fiber ajánlatát a meghívásos eljárásban való részvételre felhatalmazott egyazon jogi személy tette.

32. Az ügy érdemét illetően az olasz kormány azzal érvel, hogy a 2004/17/EK irányelv¹³ 51. cikkének (2) bekezdéséből az tűnik ki, hogy a részvételre meghívott és az ajánlatot benyújtó gazdasági szereplőnek gazdasági és jogi szempontból teljesen azonosnak kell lennie. A 2014/24 irányelv 28. cikkének (2) bekezdése azonban egy kevésbé merev követelményt vezetett be.

33. Az olasz kormány szerint sem a nemzeti szabályokból, sem az uniós jog általános elveiből nem következik, hogy az előzetesen kiválasztott társaságok beolvadással történő egyesülése, amelyet a Bizottság engedélyezett és az átvevő társaság által az ajánlat benyújtását követően zárult le, jogellenes jogügylet lenne.

¹³ A vízügyi, energiaipari, közlekedési és postai ágazatban működő ajánlatkérők beszerzési eljárásainak összehangolásáról [helyesen: a vízügyi, energiaipari, közlekedési és postai szolgáltatások területén a közbeszerzési eljárások összehangolásáról] szóló, 2004. március 31-i európai parlamenti és tanácsi irányelv (HL 2004. L 134., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 7. kötet, 19. o.).

34. Az EFTA Felügyeleti Hatóság szerint nem sérül az azonosság feltétele, ha – ahogy az véleménye szerint a jelen ügyben történt – egyfelől a gazdasági szereplő, amely végül az ajánlatot benyújtja, eleget tesz az ajánlatkérő szerv által meghatározott feltételeknek, és másfelől, az ajánlata benyújtásának engedélyezésével nem hozza hátrányosabb helyzetbe a többi versenytársat. Az azonosság követelményével – amely semmi esetre sem abszolút követelmény – nem ellentétes egy olyan megállapodás megkötése, amely a közbeszerzési eljárás során előzetesen kiválasztott két gazdasági szereplő egyesüléséhez vezet.

35. A Bizottság véleménye szerint az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdést át kellene fogalmazni, mivel arra enged következtetni, hogy a Bíróságot az egyesülési megállapodás jogszerűségéről kérdezik.

36. A Bizottság azt állítja, hogy a MT Højgaard és Züblin ítéletben¹⁴ a 2004/17 irányelvvel kapcsolatban kifejezett feltételek értelemszerűen alkalmazhatók a 2014/24 irányelv által szabályozott hasonló körülmények között. Meg kell jegyezni azonban, hogy a hivatkozott ítélet alapjául szolgáló helyzet nagyon eltér a jelen ügyben ismertetett helyzettől. A jelen ügyben – a hivatkozott üggyel ellentétben – nem történt az azonosságot érintő semmilyen változás az ajánlattételre meghívott gazdasági szereplők előzetes kiválasztásának időpontja és az ajánlatok benyújtásának időpontja között.

37. A Bizottság elutasítja, hogy a beolvadással történő egyesülési megállapodás megkötése önmagában a többi ajánlattevő versenyhelyzetének csorbítását vagy az egyenlő bánásmód elvének megsértését vonná maga után. E kockázat kizárható, ha egyfelől a 139/2004 rendelet 7. cikkének (1) bekezdése értelmében a felek az összefonódási jogügyletet – még részben sem – valószínűsítették meg, és nem is osztottak meg előzetesen egymással olyan bizalmas információkat, amelyek a közbeszerzési eljárás során befolyásolhatnák a magatartásukat, és másfelől, az eljárásban részt vevő valamennyi gazdasági szereplő tudott az egyesülési megállapodás megkötéséről.

38. A Bizottság úgy ítéli meg, hogy nincs jelentősége annak, hogy a beolvadó vállalkozás lemondott a meghívásos eljárásban való részvételről. Az említett tényező nem befolyásolhatja az átvevő társaság értékelési szakaszban való részvételének elfogadását, kivéve ha kiderülne, hogy a felek részben végrehajtották az egyesülési megállapodást, olyan bizalmas információk megosztásával, amelyek a közbeszerzési eljárás során befolyásolhatják a magatartásukat az egyenlő bánásmód elvének megsértésével.

IV. Elemzés

A. Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés elfogadhatóságáról

39. Az Infratel, az Open Fiber és az olasz kormány szerint az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés elfogadhatatlan, mert az alapeljárás szempontjából álláspontjuk szerint nem releváns, és feltehetőleg hipotetikus is, vagy mert valójában nem tükrözi a kérdést előterjesztő bíróság valódi kétségét.

40. Úgy vélem azonban, hogy e kifogás nem elfogadható.

¹⁴ C-396/14, EU:C:2016:347.

41. A Consiglio di Stato (államtanács) rámutatott, hogy a közbeszerzési eljárásra az eljárást megindító felhívásban foglalt szabályok irányadók, amelyek közül az egyik a CCP-nek a 2014/24 irányelv 28. cikkét átültető 61. cikkére utal. Továbbá, a Telecom Italia által hivatkozott fellebbezési jogalapok között, a nemzeti jogra vonatkozó egyéb jogalapok mellett, szerepel az uniós jog által előírt azonossági elv megsértése.¹⁵

42. A kérdést előterjesztő bíróság a fellebbező által hivatkozott belső jogi jogsértések kizárását követően kijelenti, hogy már csak az uniós jog esetleges megsértésén alapuló jogalapot kell megvizsgálnia, amely „a vizsgált jogvita rendezése céljából relevánssá és meghatározóvá válik, és amellyel kapcsolatban, a bírósági tanács szerint, az EUMSZ 267. cikk értelmében előzetes döntéshozatal céljából kérdést kell előterjeszteni”.¹⁶

43. Ebben a helyzetben úgy vélem, hogy az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdések releváns voltát vélelmezni kell. Mint ismeretes, megdönthető vélelemről van szó, noha csak nagyon pontosan meghatározott körülmények fennállása esetén: a) ha az uniós rendelkezés értelmezése vagy érvényességének értékelése nyilvánvalóan semmilyen összefüggésben nincs az alapügy tényállásával vagy tárgyával; b) ha a probléma hipotetikus jellegű; vagy c) ha nem állnak a Bíróság rendelkezésére azok a ténybeli vagy jogi elemek, amelyek szükségesek ahhoz, hogy az elé terjesztett kérdésekre hasznos választ adhasson.¹⁷

44. Véleményem szerint e három körülmény közül egyik sem áll fenn a jelen ügyben. Bár a Consiglio di Stato (államtanács) kétségtelenül ismerteti is azon okokat, amelyek véleménye szerint a 2014/24 irányelv 28. cikkének meghatározott értelmezését támasztanák alá, ez nem azt jelenti, hogy nincsenek kétségei a hivatkozott rendelkezés értelmével kapcsolatban.¹⁸

45. A kérdést előterjesztő bíróság szerint a hivatkozott rendelkezésre adott értelmezése elfogadható, de úgy véli, hogy adott esetben más értelmezés is lehetséges, és ennél fogva a Bíróság megengedett beavatkozására van szükség. Ha így jár el, jóhiszeműen együttműködik a Bírósággal az igazságszolgáltatás gyakorlása során, az előzetes döntéshozatal iránti kérelmek előterjesztésére vonatkozóan a nemzeti bíróságok számára megfogalmazott ajánlások 17. pontjának szellemében.¹⁹

B. Az ügy érdeméről

46. A Bizottságnak igaza van azon javaslata tekintetében, hogy a Consiglio di Stato (államtanács) kérdését át kell fogalmazni, mivel az azt a téves benyomást keltheti, hogy az az egyesülési megállapodásnak az uniós joggal való összeegyeztethetőségére vonatkozik. A valóság azonban az, hogy e bíróság semmilyen kétséget nem fogalmaz meg az említett megállapodással kapcsolatban és az érvényességét sem kérdőjelezi meg.

15 Konkrétan a Telecom Italia kiállt amellett, hogy fennáll a „2014/24/EU irányelv 28. cikkének (2) bekezdése és a Bíróság vonatkozó ítélkezési gyakorlata által előírt azon szükséges elv megsértése, amely szerint az előzetesen kiválasztott jogalanyoknak és az ajánlatot benyújtó jogalanyoknak jogi és gazdasági szempontból azonosnak kell lenniük” (az előzetes döntéshozatalra utaló határozat 7.3 pontja).

16 Az előzetes döntéshozatalra utaló határozat 7.4 pontja.

17 Így például: 2015. június 16-i Gauweiler és társai ítélet (C-62/14, EU:C:2015:400), 24. és 25. pont; 2016. május 4-i Pillbox 38 ítélet (C-477/14, EU:C:2016:324), 15. és 16. pont; 2016. július 5-i Ognyanov ítélet (C-614/14, EU:C:2016:514), 19. pont; 2016. november 15-i Ullens de Schooten ítélet (C-268/15, EU:C:2016:874), 54. pont; 2017. március 28-i Rosneft ítélet (C-72/15, EU:C:2017:236), 50. és 155. pont; 2018. július 10-i Jehovan todistajat ítélet (C-25/17, EU:C:2018:551), 31. pont; 2018. október 4-i Kantarev ítélet (C-571/16, EU:C:2018:807), 44. pont.

18 Az előzetes döntéshozatalra utaló határozat 8.4 pontjának utolsó mondatában kijelenti, hogy „[k]izárólag akkor vonható le ettől eltérő következtetés, ha a Bíróság megállapítja, hogy az uniós jog tiltja a versenytársak által ugyanazon közbeszerzési eljárás keretében kötött olyan megállapodásokat, amelyek teljesítéseként megvalósul egy olyan jogügylet, mint az uniós szabályozás által főszabályként megengedett beolvadással történő egyesülés”.

19 „A kérdést előterjesztő bíróság lényegre törően jelezheti az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdésekre adandó válasza vonatkozó álláspontját is.” E jelzés „hasznos a Bíróság számára” (HL 2018. C 257., 1. o.).

47. Következésképpen a jogvita annak tisztázására korlátozódik, hogy a 2014/24 irányelv 28. cikkének (2) bekezdése kizárja-e (meghívásos eljárásban) azon gazdasági szereplőnek az ajánlatok értékelési szakaszában való részvételét, amely a szintén előzetesen kiválasztott másik gazdasági szereplővel beadvadás útján egyesül.

48. A kérdést előterjesztő bíróság kifejezetten ezt a kérdést veti fel, amely szerint, ahogy azt korábban megjegyeztem,²⁰ az elbírálandó ügyben a 2014/24 irányelv 28. cikkének (2) bekezdése az alkalmazandó szabály (a nemzeti rendelkezések hivatkozása miatt), és ennek értelmezésétől függ a jogvita kimenetele, az abban tisztázandó belső jogi kérdések eldöntését követően.

49. Bár az Infratel, az Open Fiber és az olasz kormány a tárgyaláson továbbra is vitatta a Consiglio di Stato (államtanács) említett értékelését, észszerűnek és kellően indokoltnak tekintem, hogy az ügyre alkalmazandó jog értelmezését az említett bíróság végezze.

50. A nemzeti bíróságok és a Bíróság feladatainak világos szétválasztására tekintettel, amely az EUMSZ 267. cikk szerinti eljárást jellemzi, kizárólag az ügyben eljáró és a meghozandó bírósági határozatért felelősséggel tartozó Consiglio di Stato (államtanács) hatáskörébe tartozik annak megítélése is, hogy – tekintettel az ügy különleges jellemzőire – ítélete meghozatalához szükségesnek tartja-e az előzetes döntéshozatalt, és ha igen, a Bíróságnak feltett kérdései relevánsak-e.²¹ E megítélés feltételezi az ügyre alkalmazandó szabályozás előzetes körülhatárolását, amely művelet, az említettek alapján, a jelen ügyben az észszerűség és az indokoltság szempontjából nem kifogásolható.

1. A meghívásos eljárásban a kiválasztott gazdasági szereplők jogi és érdemi azonossága

51. Végeredményben annak meghatározásáról van szó, hogy a 2014/24 irányelv 28. cikkének (2) bekezdése megköveteli-e, hogy „a meghívásos eljárásban az előzetesen kiválasztott gazdasági szereplők és ajánlatot benyújtó gazdasági szereplők jogi és gazdasági szempontból teljes mértékben azonosak legyenek” olyan összefüggésben, hogy az előzetesen kiválasztott két gazdasági szereplő megállapodott az egyikük beadvadásával történő egyesülésükről az alábbi sajátosságokkal:

- az egyesülési tervről a kiválasztás időpontja és az ajánlatok benyújtásának időpontja között állapodtak meg, tekintetbe véve a Bizottság utólagos engedélyét;
- az egyesülés joghatásai az átvevő társaság ajánlatának benyújtását követően következnek be; és
- a beadvadó társaság úgy határoz, hogy nem vesz részt a meghívásos eljárásban.

52. Azt az úgynevezett „követelményt, amely szerint az előzetesen kiválasztott gazdasági szereplőknek és az ajánlatot benyújtó gazdasági szereplőknek jogi és érdemi szempontból azonosaknak kell lenniük”, a 2004/17 irányelv 51. cikkének (3) bekezdése alapozza meg, amely értelmében az ajánlatkérő szervek „ellenőrzik, hogy a kiválasztott ajánlattevők által benyújtott ajánlatok [megfelelőek-e]”. A Bíróság ezt mondta ki az MT Højgaard és Züblin ítéletben,²² amelyre a kérdést előterjesztő bíróság kifejezetten hivatkozik.

53. Ugyanezen szabály jutott kifejezésre a 2014/24 irányelv 28. cikkének (2) bekezdésében, amely szerint „csak azok a gazdasági szereplők tehetnek ajánlatot (a meghívásos eljárásokban), amelyeket a megadott információk értékelését követően az ajánlatkérő szerv meghívott”.

20 Lásd a jelen indítvány 21–23., 41. és 42. pontját.

21 Többek között: 2007. június 26-i Ordre des barreaux francophones et germanophone és társai ítélet (C-305/05, EU:C:2007:383), 18. pont.

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

54. Az említett követelmény végső soron az ajánlattevőkkel szembeni egyenlő bánásmód elvének védelmére szolgál.²³ Megszorító alkalmazása alapján „arra a következtetésre lehetne jutni, hogy kizárólag az előzetesen kiválasztott gazdasági szereplők e minőségükben nyújthatnak be ajánlatokat, és válhatnak ajánlattevőkké”.²⁴

55. A 2014/24 irányelv 28. cikke (2) bekezdésének célja annak biztosítása, hogy a meghívásos eljárások valóban azok legyenek; azaz az eljárások során csak azok a gazdasági szereplők nyújthassanak be ajánlatokat, amelyeket az ajánlatkérő szerv meghívott annak megtételére, mások pedig ne nyújthassanak be. Az említett meghívás alapján határozzák meg azt a területet, amelyre a közbeszerzési eljárást alanyi szempontból *korlátozzák*.

56. Ha lehetővé tennék az ajánlatok benyújtását az előzetesen ki nem választott gazdasági szereplő számára, a többi szereplőhöz képest kedvezőbb bánásmódban részesítenék. A többi gazdasági szereplő csak azt követően nyújthatná be ajánlatait, hogy alakszerűen kérte a (meghívásos) eljárásban való részvételét, és az ajánlatkérő szerv azokat megfelelően értékelte.

57. Az MT Højgaard és Züblin ítéletben a Bíróság megállapította, hogy az azonosság szabály „mérsekelhető a tárgyalásos eljárásokban a megfelelő verseny biztosítása céljából”.²⁵ Ez utóbbi megállapítást a hivatkozott ügy körülményei között kell értelmezni, amely tényállása, ahogy azt előrebocsátottam, pontosan a jelenleg vitatott ügy tényállásának ellentéte volt.

58. Mengozzi főtanácsnok találóan írta le a hivatkozott ügy körülményeit, azzal, hogy „egy olyan ténybeli összefüggésbe helyezi, amelyben két vállalkozás gazdasági társaság formáját öltő és közbeszerzési eljárásban előzetesen kiválasztott csoportja a két tag egyikének fizetéseképtelensége után felbomlik, az ajánlatkérő engedélyezi a megmaradó tag számára, hogy a csoport helyett folytassa a részvételt az eljárásban, és végül annak ellenére neki ítéli oda a szerződést, hogy ezt a tagot önmagában előzetesen nem választották ki”.²⁶

59. Ha megszorítóan alkalmazták volna az azonosság elvét, és ebből következően azt a következtetést vonták volna le, hogy a vállalkozáscsoport fennmaradó tagja, mint eltérő jogalany, nem folytathatja az eljárásban való részvételt, a szerződés odaítélésére jelentkezők száma háromra csökkent volna. De ez az eredmény ellentétes volt az eljárást megindító felhívásban foglaltakkal, amely alapján az ajánlatkérő úgy vélte, hogy a verseny biztosítása céljából legalább négy jelentkezőnek kell lennie.²⁷

60. Az ajánlattevőkkel szembeni egyenlő bánásmód – amelyre az azonosság elve szolgál – és a hatékony verseny biztosítása – olyan esetben, amelyben egyébként az ajánlattevők számának csökkenése megghiúsíthatja az odaítélést – közötti kiegyensúlyozott mérlegelés során a Bíróság arra a megállapításra jutott, hogy az egyenlő bánásmód elve nem sérül, „amikor engedélyezi[k] a korábban [...] – csoport minőségében – ajánlattételre felhívott vállalkozáscsoportba tartozó két gazdasági szereplő közül az egyik gazdasági szereplő számára, hogy a csoport felbomlását követően e csoport helyébe lépjen, és saját nevében részt vegyen a tárgyalásos közbeszerzési eljárásban, feltéve hogy bebizonyosodik egyrészt, hogy ez a gazdasági szereplő *önállóan megfelel* az említett ajánlatkérő által meghatározott követelményeknek, másrészt pedig hogy az említett eljárásban való további részvétele *nem vonja maga után* a többi ajánlattevő *versenyhelyzetének romlását*”.²⁸

23 Az említett elv „célja a közbeszerzési eljárásban részt vevő vállalkozások közötti egészséges és hatékony verseny kialakulásának elősegítése, megköveteli, hogy valamennyi ajánlattevő azonos esélyekkel rendelkezzen ajánlata összeállításakor, és ebből következően azt a követelményt is magában foglalja, hogy valamennyi ajánlattevő tekintetében ugyanazon feltételek vonatkozzanak az ajánlatokra”, MT Højgaard és Züblin ítélet (C-396/14, EU:C:2016:347), 38. pont.

24 Uo., 39. pont.

25 Uo., 41. pont.

26 Mengozzi főtanácsnok MT Højgaard és Züblin ügyre vonatkozó indítványa (C-396/14, EU:C:2015:774), 48. pont.

27 Erre világít rá az MT Højgaard és Züblin ítélet 10. és 42. pontjában (C-396/14, EU:C:2016:347).

28 MT Højgaard és Züblin ítélet (C-396/14, EU:C:2016:347), 44. pont, kiemelés tőlem.

61. Az általam jelenleg vizsgált ügyben nem világos, hogy az átvevő vállalkozás kizárása (amelyet valójában a Telecom Italia kér) a beolvasó vállalkozás saját kezdeményezésre történő visszalépésével együtt, az ajánlattevők számának korlátozását jelentette volna, amely, mivel a kívánt küszöbérték alatt volt, a szerződés odaítélésének ellehetetlenülését eredményezhette volna.

62. Ez alapján nem feltétlenül szükséges az azonosság elvének követelményeit kiigazítani, már nem az ajánlattevők közötti verseny, hanem az odaítélési eljárás megóvásának elve érdekében. Ennélfogva, mivel nem áll fenn a MT Højgaard és Züblin ítéletben²⁹ alkalmazott megoldás alapjául szolgáló konkrét és különös körülmény, főszabály szerint nem lenne indokolt az azonossági követelmény „mérséklése”.

63. A Bíróság azonban akkor relevánsnak tekintette az azonossági elv „mérséklését” annak alapján, hogy nem arról volt szó, hogy az előzetesen kiválasztott ajánlattevőktől teljesen eltérő ajánlattevő kívánt ajánlatot benyújtani (amely – hangsúlyozom – a 2014/24 irányelv 28. cikkének (2) bekezdése szerinti azon tipikus eset, amelyre a jogalkotó gondolt). Elfogadta, hogy azt olyan társaság is megvalósíthatja, amely az előzetesen kiválasztott egyik gazdasági szereplőhöz fűződő kapcsolata miatt (amelynek tulajdonképpen alkotórészét képezi) az eljárásban nem teljesen kívülálló.

64. Most mi is olyan esettel szembesülünk, amelyben az előzetesen kiválasztott gazdasági szereplők közül kettőnek a tulajdonosi struktúrájában változás történt – vagy éppen folyamatban volt a változás –, az egyik beolvadt a másikba. Következésképpen a jelen ügyben sem a meghívásos eljárástól teljes mértékben távol álló harmadik személy esetleges beavatkozásáról van szó.

2. A beolvasással történő egyesülésnek a kiválasztott ajánlattevő jogi és érdemi azonosságára gyakorolt hatása

65. A kérdést előterjesztő bíróság által nyújtott információ alapján az Enel Open Fiber jogi személyiségében nem történt változás azon időpontban, amikor a társaság a kiválasztást követően benyújtotta az ajánlatát, amely megfelel a közbeszerzési eljárás pontos időpontjának, amelyre a kérdést előterjesztő bíróság kérdése irányul. A szavaival élve, az „összetétele nem módosult az ajánlatok benyújtására előírt határidőig”.

66. E tekintetben emlékeztetni kell arra, hogy, amint azt a Bizottság kiemelte,³⁰ mivel európai szintű összefonódásba tartozó beolvasással történő egyesülésről van szó, ez nem volt megvalósítható a Bizottság előzetes beleegyezése (*rectius*, az ellenvetés hiánya és a belső piaccal való összeegyeztethetőség megállapítása) nélkül, amelyre 2016. december 15-én került sor, azaz az ajánlatok benyújtására nyitva álló határidő lejártát követő két hónap múlva.

67. Mindazonáltal, a kérdést előterjesztő bíróságot igazából az érdekli, hogy mivel az egyesülésre irányuló tárgyalások már folyamatban voltak azt követően, hogy az ajánlatkérő szerv kiválasztotta az egyesülésre felhívott gazdasági szereplőket, e körülmény *érdemi* szempontból bizonyos változást eredményezett az Enel Open Fiber személyiségében, amely elegendő volt annak megállapításához, hogy az említett társaság jogalanyként *ténylegesen* nem egyezett meg az előzetesen kiválasztott Enel Open Fiber társasággal.

²⁹ C-396/14, EU:C:2016:347.

³⁰ Az írásbeli észrevételeinek 31. pontja.

68. Másképpen szólva, a kétség arra irányul, hogy a (meghívásos) odaítélési eljárásból való kizáráshoz elegendő-e az a körülmény, hogy az előzetesen kiválasztott ajánlattevő tulajdonosi struktúrájában olyan változás *van folyamatban*, amely szerint az ajánlattevő az ugyancsak előzetesen kiválasztott másik ajánlattevőt átveszi, vagy átvenni szándékozik.³¹

69. A kizárás mellett azzal lehet érvelni, hogy mivel az egyesülési folyamat az átvevő és a beolvadó társaságok strukturális változásának megvalósulásához vezet, az átláthatóság és az ajánlattevőkkel szembeni egyenlő bánásmód elve megköveteli, hogy az említett eredmény megelőzze azon időpontot, amelyben a tervezett egyesülési megállapodással már megkezdődik az érintett társaságok közötti *érdemi összekeveredés*. A kiválasztott személy és az ajánlatot benyújtó személy közötti *érdemi* azonosság tehát megszakadt, amely utóbbi ebből a szempontból már nem ugyanaz a jogalany.

70. Úgy vélem azonban, hogy ez az érv nem meggyőző. Egyfelől figyelmen kívül hagyja, hogy a jelen ügyben a két gazdasági szereplőt (az átvevő és a beolvadó társaság) az egyesülés előtt az ajánlatok benyújtására előzetesen kiválasztották, ezért kettőjük között az *érdemi azonosság* megszakadásáról és az *érdemi* folytonosságáról is beszélhetünk.

71. Másfelől az *érdemi azonosság* ilyen mértékű követelménye aránytalannak tűnik számomra a társaságok beolvadással történő egyesülése esetén. Az ilyen fajta jogügyletnél az átvevő társaság megtartja a jogi személyiségét, és vagyonát növeli azzal, hogy a beolvadó társaság vagyonát egyesíti a saját vagyonával.³² *Érdemi* szempontból valójában az átvevő társaság vagyonának változása nem különbözik a tőkeemeléssel vagy hasonló jogügyletekkel bekövetkező változástól. Ha a meghívásos közbeszerzési eljárás során az előzetesen kiválasztott ajánlattevők nem tudnának végrehajtani ilyen jellegű társasági jogügyleteket, mert ezáltal *azonosságukat érdemi szempontból* elveszítenék, vállalkozói képességük szükségtelenül és aránytalanul csökkenne.

72. A tárgyaláson a Telecom Italia árnyalta az írásbeli észrevételeit, és elismerte, hogy az ilyen jellegű ügyleteknek (beleértve az egyesüléseket) a jelen ügy szempontjából nincs jelentőségük, ha azoknak részesei a közbeszerzési eljáráson kívülálló gazdasági szereplők. Véleményem szerint ezzel elfogadja, hogy a lemondása valójában nem az előzetesen kiválasztott ajánlattevő érdemi azonosságának megóvását (mivel az eredeti elgondolást követve bármely egyéb vállalkozás beolvadásával is módosulna), hanem inkább az összejátszás azon kockázatait érinti, amelyek az ugyanazon közbeszerzési eljárásban való részvételre jelentkező másik jogalannal való egyesülésből származhatnak.

73. Az előzetesen kiválasztott vállalkozás részvényesi struktúrájának változására vonatkozóan a meghívásos odaítélési eljárás során fennálló tilalom egyébként jogbizonytalansághoz vezethet, amelyet a Consiglio di Stato (államtanács) az előzetes döntéshozatalra utaló határozatában hangsúlyoz.³³

31 Ahogy arra a Telecom Italia írásbeli észrevételeiben (31. pont) rámutat, „ilyen helyzetben nincs jelentősége a beolvadó társaság (Metroweb Sviluppo) [későbbi] jogi-alaki sorsának [...]; valójában elegendő, hogy az átvevő társaság (Open Fiber) inkább lényegi, mint jogi identitása megváltozzon [...] ahhoz, hogy az egyesülés ne legyen összeegyeztethető [...] a 2014/24 irányelv 28. cikkének (2) bekezdésében kifejezett elvvel”.

32 A részvénytársaságok egyesüléséről szóló 2011. április 5-i 2011/35/EU európai parlamenti és tanácsi irányelv (HL 2011. L 110., 1. o.; helyesbítés: HL 2017. L 14., 17. o.) 3. cikkének (1) bekezdése értelmében „a beolvadással történő egyesülés” során „egy vagy több társaság nem felszámolás útján megszűnik, és összes (aktív és passzív) vagyonukat egy másik társaságra ruházzák át, amiért ellenszolgáltatásként a beolvadó társaság(ok) részvényeseinek részvényeket bocsátanak ki az átvevő társaságban, valamint a részvényesek a kibocsátott részvények névértékének, és adott esetben, ha a névértékük nem állapítható meg, akkor a kibocsátási érték 10%-át meg nem haladó készpénzkifizetésben részesülhetnek”.

33 „Ha a 28. cikk (2) bekezdéséből levonható elveket tágan értelmeznénk, az ajánlatkérő szervek nehezen tudnák kezelni a következményeket, és folyamatosan fennállna az odaítélési aktusok utólagos érvénytelenségének kockázata [...], amely nyilvánvalóan ellentétes a jogi helyzetek biztonságának általános elvével” (az előzetes döntéshozatalra utaló határozat 8.3 pontjának utolsó mondata).

74. A 2014/24 irányelv lehetővé teszi, hogy vállalati átszervezés alapján (amely többek között az egyesülési eljárás eredménye) új szerződő fél lépjen a nyertes ajánlattevőként kiválasztott szerződő fél helyébe, anélkül hogy új odaítélési eljárást kellene indítani.³⁴ Ha teljesülnek azon feltételek, amelyeket a jogalkotó e lehetőség tekintetében előírt,³⁵ nem látok okot arra, hogy az említett rendelkezést ne lehetne alkalmazni valamely folyamatban levő eljárás esetén.³⁶

75. Végül érdemes hangsúlyozni, hogy az ezzel indokolt esetleges kizárási oknak *kifejezetten* szerepelnie kellett volna az eljárási dokumentumokban, a nemzeti szabályokban vagy az irányadó uniós szabályokban. A jelen ügyben nem ez a helyzet, ezért teljes mértékben alkalmazhatók a Specializuotas transportas ítéletben³⁷ azzal kapcsolatban kifejtett érvelések, hogy „[olyan] kötelezettség előírása az ajánlattevők számára, [amely] nem szerepel sem az alkalmazandó nemzeti jogban, [sem az ajánlati felhívásban,] sem az ajánlattételhez szükséges dokumentációban, nem minősül [tehát] az [...] említett ítélkezési gyakorlat értelmében vett, egyértelműen meghatározott feltételnek”.³⁸

3. A (többi) kiválasztott gazdasági szereplővel szembeni azonos bánásmód elve

76. Az előzetesen kiválasztott két gazdasági szereplő (az átvevő és a beolvadó társaság) közötti folytonosságból kiindulva úgy vélem, hogy semmi nem indokolja az egyenlő bánásmód elve megsértésének megállapítását a többi ajánlattevő tekintetében. Ezek közül egyik ajánlattevőnek sem kell olyan gazdasági szereplőkkel versenyeznie, amelyek a meghívásos eljárástól teljesen távol állnak, hanem azokkal kell versenyeznie, amelyek tagadhatatlan *érdemi* kapcsolatban állnak azzal a két gazdasági szereplővel, amelyeket szintén előzetesen kiválasztottak és ugyanazon értékelési eljárás alá vontak.

77. Az egyenlő bánásmód elve tehát *az ajánlatok benyújtásának időpontjában* egyáltalán nem sérült, amely a jelen ügyben alapvető jelentőséggel bír. Kétségtelen, hogy az Enel Open Fiber is túljutott az előzetes kiválasztási eljáráson – függetlenül attól, hogy később egy másik előzetesen kiválasztott gazdasági szereplővel egyesült –, és helyzete gyökeresen eltér olyan harmadik személy körülményeitől, amelyet anélkül hívtak volna meg, hogy a meghívásos eljárásban való részvételre feljogosított gazdasági szereplők által követendő eljárást lefolytatták volna.

78. Az ajánlattevőkkel szembeni egyenlő bánásmód elve, amelynek célja a közbeszerzési eljárásban részt vevő vállalkozások közötti egészséges és hatékony verseny kialakulásának elősegítése, megköveteli, hogy valamennyi ajánlattevő azonos esélyekkel rendelkezzen ajánlata összeállításakor. Tehát azt a követelményt is magában foglalja, hogy valamennyi versenytárs tekintetében ugyanazon feltételek vonatkozzanak az ajánlatokra,³⁹ és az hatékonyan érvényesüljön a szerződés odaítélésére vonatkozó egész eljárás során, különösen a jelentkezések összeállításának és az ajánlatkérő szerv értékelésének időpontjában.⁴⁰

34 A 72. cikk (1) bekezdése d) pontjának ii. alpontjában szereplő konkrét tényállás a következő: „az eredeti szerződő fél helyébe egyetemes vagy részleges jogutódlás révén, vállalati átszervezést – többek között vállalatátvételt, egyesülést vagy felvásárlást – vagy fizetéseképtelenséget követően egy másik gazdasági szereplő lép, amely megfelel az eredetileg megállapított minőségi kiválasztási kritériumoknak, feltéve, hogy ezzel nem jár együtt a szerződés egyéb lényeges módosítása, és hogy mindez nem ezen irányelv alkalmazásának a megkerülését célozza”.

35 E lehetőséget a szerződés fenntartásának elve és az is indokolja, hogy az esetleges változások ne okozzanak hátrányt a részvényesek számára, a társasági ügyletek rendes működésébe való beavatkozással. E jogügyletek feltételekhez köthetők, ha a tőkét érintő váratlan változások negatív hatással vannak a meghívásos közbeszerzési eljárásokra. A társaságok tehát nem tudnának vállalati átszervezésre irányuló eljárásokat indítani.

36 A 2014/24 irányelv (110) preambulumbekzdése értelmében, „[a] szerződést teljesítő nyertes ajánlattevő számára lehetővé kell tenni [...] hogy – különösen olyan esetekben, amikor a szerződést több vállalkozásnak ítélték oda – bizonyos strukturális változásokat, például tisztán belső átszervezéseket, vállalatátvételeket, egyesüléseket és felvásárlásokat vagy fizetéseképtelenségi eljárást hajtson végre a szerződésteljesítés alatt. Az ilyen jellegű strukturális változások esetére nem célszerű előírni az új közbeszerzési eljárás automatikus indítását a szóban forgó ajánlattevő által teljesített összes közbeszerzési szerződés tekintetében”.

37 2018. május 17-i ítélet (C-531/16, EU:C:2018:324).

38 Uo., 24. pont.

39 2015. március 12-i eVigilo ítélet (C-538/13, EU:C:2015:166), 33. pont, valamint az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat.

40 Többek között: 2008. december 16-i Michaniki ítélet (C-213/07, EU:C:2008:731), 45. pont.

79. Az a tény, hogy a két gazdasági szereplő egyesülése az ajánlatok benyújtására előírt határidőt követően, de *az ajánlatok végleges rangsorolását megelőzően* valósul meg,⁴¹ okozhatott-e kárt a többi ajánlattevő számára azzal, hogy egyenlőtlen helyzetbe hozta őket? Álláspontom szerint nem. A lényeg, hogy a szerződést végül annak ítéljék oda, aki eleget tesz az eljárást megindító felhívásban előírt feltételeknek, mégpedig úgy, hogy az eljárás során a nyertes ajánlattevő nem részesült kedvezőbb bánásmódban.

80. A jelen ügy szempontjából, mivel meghívásos eljárásról van szó, különösen az alábbi tényezők lényegesek:

- Egyfelől az Enel Open Fibert előzetesen megfelelően választották ki, és jogi személyisége érintetlen maradt, még akkor is, ha részvényesi struktúrája a másik ajánlattevő beolvasásával módosult.
- Másfelől a Metroweb Sviluppo, a beolvasó ajánlattevő végül semmilyen ajánlatot nem nyújtott be az előzetes kiválasztása ellenére. Ez a tény azt jelenti, hogy végső soron a két gazdasági szereplő egyesülése egyetlen ajánlat benyújtásában nyilvánult meg.

81. Valójában még csak nem is volt feltétlenül elengedhetetlen a Metroweb részvételre jelentkezéséről történő lemondása az egyenlő bánásmód elvének biztosítása szempontjából, mivel a Bíróság kimondta, hogy a kapcsolt ajánlattevők párhuzamos, ugyanazon eljárásban benyújthatnak ajánlatokat, feltéve hogy nem „összehangolt vagy megállapodáson alapuló, azaz nem önálló vagy független ajánlatoknak minősülnek, amelyek ily módon jogosulatlan előnyöket biztosíthatnak számukra más ajánlattevőkkel szemben”.⁴²

82. Valójában az egyesülési jogügylet okán esetlegesen felmerülő lehetséges összejátszási kockázatoknak tulajdonképpen nem lenne közük az Enel Open Fiber érdemi azonosságának változásához, hanem azon ténnyel lennének kapcsolatosak, hogy két ajánlattevő között meg nem engedett kapcsolat volt, függetlenül attól, hogy részt vettek-e, vagy sem, az egyesülési eljárásban.

83. Semmi nem enged arra következtetni, hogy a Metroweb Sviluppo és az Enel Open Fiber ajánlatai összehangolt vagy megállapodáson alapuló ajánlatok voltak, és mindenesetre végül közülük csak az egyik nyújtott be ajánlatot, ami kizárja az összejátszás kockázatát.

84. Továbbá a Consiglio di Stato (államtanács) kifejezetten kizárja, hogy az egyesülési megállapodás célja a versenyjogi szabályok kikerülése volt, és „az lényegében a verseny egyensúlyának a többi versenytárs és az ajánlatkérő szerv kárára történő megváltoztatására irányult volna [...] Nem állapítható meg, hogy a 2016. október 10-i keretmegállapodás alapján végrehajtott összefonódási jogügylet önmagában a közbeszerzési eljárásban részt vevők közötti kartellnek minősül”.⁴³

41 Amint azt már említettem (17. pont), az egyesülésre 2017. január 23-án került sor, míg ajánlattevők ideiglenes rangsorát az öt tétel tekintetében a következő napon, 24-én tették közzé.

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

43 Az előzetes döntéshozatalra utaló határozat, 8.4 pont.

85. Mindezek alapján fel kell tenni a kérdést, hogy a folyamatban lévő egyesülés mely esetekben képes az egyenlőség elvét megsérteni. Nem zárom ki, hogy elméletileg ez megtörténhet, ha az EK összefonódás-ellenőrzési rendelete 7. cikke (1) bekezdésének megsértésével⁴⁴ az egyesülés ténylegesen megkezdte működését, lehetővé téve az érintett – és előzetesen kiválasztott – gazdasági szereplők közötti információcserét, amely előnyösebb helyzetbe hozhatja őket más ajánlattevőkkel szemben.⁴⁵

86. A kérdést előterjesztő bíróság feladata felismerni, hogy ez történt-e a jelen ügyben, bár, ismétlem, véleménye szerint – ahogy az az előzetes döntéshozatalra utaló határozatban szerepel – a két társaság strukturális egyesülése „nagyértékben eltér a csupán a közbeszerzési eljárás egyensúlyát megváltoztatni kívánó versenytársak által kötött összejátszó megállapodástól”.⁴⁶

87. Végeredményben valamely ajánlatnak olyan ajánlattevő által történő benyújtása, amelynek a szintén kiválasztott másik ajánlattevővel való egyesülése folyamatban van, összeegyeztethető a 2014/24 irányelv 28. cikkének (2) bekezdésével, kivéve ha a meghívásos közbeszerzési eljárásban a két gazdasági szereplő úgy hangolja össze eljárását vagy egyezik meg az eljárásáról, hogy az jogosulatlan előnyöket biztosíthat számukra más ajánlattevőkkel szemben, amit a nemzeti bíróságnak kell megállapítani.

V. Végkövetkeztetés

88. A fent kifejtettek értelmében azt javaslom a Bíróságnak, hogy a következő választ adja a Consiglio di Stato (államtanács, Olaszország) számára:

„A közbeszerzésről és a 2004/18/EK irányelv hatályon kívül helyezéséről szóló, 2014. február 26-i 2014/24/EU európai parlamenti és tanácsi irányelv 28. cikkének (2) bekezdését úgy kell értelmezni, hogy azzal nem ellentétes, hogy meghívásos eljárásban megengedik az olyan gazdasági szereplőnek az ajánlatok értékelésének szakaszában való részvételét, amely megállapodást kötött egy másik, szintén kiválasztott gazdasági szereplő beolvadással történő egyesüléséről, feltéve ha:

- a szóban forgó egyesülési megállapodást sem jogi, sem érdemi szempontból nem teljesítették az ajánlatok benyújtásának szakaszát megelőzően; és
- a meghívásos közbeszerzési eljárásban a két gazdasági szereplő nem hangolta össze eljárását vagy egyezett meg az eljárásáról oly módon, hogy az jogosulatlan előnyöket biztosíthatson számukra más ajánlattevőkkel szemben, amit a nemzeti bíróságnak kell megállapítania.”

⁴⁴ Amelynek értelmében „a közösségi léptékű, vagy [...] a Bizottság által vizsgálандó összefonódás nem valósulhat meg bejelentése előtt, vagy míg a [...] határozat közös piaccal összeegyeztethetőnek nem nyilvánította”.

⁴⁵ A fent idézett, Specializuoctas transportas ítélet (C-531/16, EU:C:2018:324) 29. pontjában felhozott esetekről van szó. Esetleg megvalósulhat e feltételezés, ha az egyesülési eljárásnak az ajánlatok benyújtását megelőző megindulását követően annak a bizottsági határozat előtti érdemi (és jogellenes) végrehajtása befolyásolta volna az Enel Open Fiber ajánlatának tartalmát, hasonlóképpen ahhoz, ami történe, ha ugyanezen vállalkozás és a Metroweb Sviluppo egyeztettek volna magatartásaik összehangolásáról az eljárás egymást követő szakaszai során, a többi gazdasági szereplő kárára.

⁴⁶ Az előzetes döntéshozatalra utaló határozat, 8.4 pont.